

## CONDIZIONI E FATTORI DI PROMOZIONE DELLA PENA PRESCRITTIVA

ROSA PALAVERA

**SOMMARIO:** 1. Premessa: la promozione delle pene prescrittive nelle proposte di riforma del codice penale. – 2. Primo tema: le potenzialità di una tipizzazione analitica e differenziata. – 2.1. La comparazione penale. – 2.2. Il dialogo intraordinamentale. – 3. *Excursus*: le resistenze all'introduzione delle prescrizioni comportamentali come pene principali. – 3.1. Istantaneità della pronuncia di condanna? – 3.2. Unilateralità della pronuncia di condanna? – 4. Secondo tema: la subordinazione al consenso dell'imputato. – 4.1. Le modalità di espressione del consenso. – 4.2. I casi in cui il consenso debba essere richiesto. – 4.3. *Excursus*: la previsione della pena coercibile equivalente. – 4.4. Il rapporto tra consenso e afflittività della pena. – 5. Terzo tema: la vincolatività della previsione legislativa.

### ***1. Premessa: la promozione delle pene prescrittive nelle proposte di riforma del codice penale.***

Nella storia del diritto punitivo le pene prescrittive *non* sono una novità, eppure promettono una rivoluzione<sup>1</sup>. Il dibattito in corso, alimentato da una sinergia di istanze diverse e correlate, cerca una risposta alla commissione dei reati non appiattita sull'impostazione carcerocentrica e “negativa” della pena<sup>2</sup>, intesa cioè come *male inflitto* dallo Stato<sup>3</sup> corrispondente al *male commesso* dal reo<sup>4</sup>. Alcuni

---

<sup>1</sup> L'intera impresa di por mano al sistema sanzionatorio è stata descritta come una «rivoluzione culturale (...) temeraria», tradotta in un «articolato ma disarmonico movimento di riforma»: così L. RISICATO, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?*, Torino, 2019, p. 80.

<sup>2</sup> Disfunzionale, peraltro, alla tenuta dei principi di *umanità* della pena: come sottolinea L. EUSEBI, *Appunti minimi di politica criminale in rapporto alla riforma delle sanzioni penali*, in *Criminalia*, 2007, p. 185 ss., p. 186, «è proprio la dinamica del *negativo per il negativo* che si presta, assente ogni rapporto ontologico fra reato e pena, a recepire anche le modalità più inumane di quest'ultima, reputando sufficiente affinché la pena possa dirsi conforme alla sua pretesa *essenza* il mero fatto di costituire un *danno* per chi debba subirla, proposto come socialmente idoneo (senza ulteriori spiegazioni) a manifestare il disvalore del reato».

<sup>3</sup> Quello che C. MAZZUCATO, *Giustizia esemplare. Interlocuzione con il precetto penale e spunti di politica criminale*, in G. FORTI - M. BERTOLINO - L. EUSEBI (a cura di), *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, vol. I, p. 407 ss., p. 434, descrive come l'«afflittività che permea ogni istante, fase, atto e gesto della giustizia penale», una «oscurità di dolore che la giustizia penale immette nella vita di migliaia di persone». Cfr. pure M. DOVA, *Pena prescrittiva e condotta reintegratoria*, Torino, 2017, p. 251: «la pena è e rimane una sottrazione improduttiva».

<sup>4</sup> Alla critica dell'*agire* contro il soggetto condannato (per tutti, L. EUSEBI, *Su violenza e diritto penale*, in *Antigone. Quadrimestrale di critica al sistema penale e penitenziario*, 2015, 2, p. 51 ss., ora in E. M. AMBROSETTI, a cura di, *Studi in onore di Mauro Ronco*, Torino, 2017, p. 114 ss.; L. EUSEBI, *Critica dell'idea di contrapposizione*, in *Parolealtre*, 2014, [www.parolealtre.it](http://www.parolealtre.it)) si aggiunge quella relativa all'intrinseca impossibilità della corrispondenza: già E. NAEGELI, *Das Böse und das Strafrecht*, München, 1966, tr. it. *Il male e il diritto penale*, in L. EUSEBI (a cura di), *La funzione della pena: il commiato da Kant e da Hegel*, Milano, 1989, p. 57 ss.; cfr. pure M. DONINI, *Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1162 ss., p. 1174 ss. Per una prospettiva vittimologica, L. CORNACCHIA, *Vittime e*

muovono dalle criticità etiche e logico-razionali di tale modello, altri sono preoccupati dai costi della sovraccarcerazione<sup>5</sup>, dagli alti tassi di recidiva e dalla scarsa efficienza della politica attuale in termini di prevenzione generale. Tutti, in ogni caso, faticano a trovare un modello alternativo unitario, in grado di rispondere alla *molteplicità* e all'*estrema complessità* delle istanze innescate dalla commissione dei reati. L'impresa è ardua (e, certamente, impossibile al singolo). Il primo impegno dell'accademia potrebbe riguardare, piuttosto, il disegno di una cornice dogmatica limpida, in cui le diverse proposte possano essere compendiate e, magari, consolidate in unità.

La riforma del codice penale potrebbe costituire la migliore occasione per la strutturazione sistematica di quanto sinora sperimentato o di cui sia comunque auspicata l'introduzione. Per come utilizzata dalla dottrina e nelle proposte di riforma, tuttavia, la categoria delle pene prescrittive (in particolare, come classe di gravità della pena) non risulta sufficientemente nitida, né esaustiva delle ipotesi predette, essendo di volta in volta applicata a porzioni spesso intrinsecamente disomogenee e non sempre rappresentative dell'intera gamma delle azioni immaginate.

A grandi linee, infatti, potrebbe identificarsi come elemento ricorrente nelle pene prescrittive soltanto l'esecuzione extramuraria. Lo stesso carattere non detentivo (o con limitazioni della libertà comunque diverse dalla detenzione in carcere), del resto, non è esclusivo della categoria e non ne supporta, quindi, la delimitazione rispetto alle altre sanzioni penali (né, a maggior ragione, rispetto a quelle extrapenali). La possibilità di prescrizioni *di fare*, dal canto suo, riguarda solo una minor parte delle pene qualificate come prescrittive, attinte, nella loro

---

*giustizia criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1760 ss., p. 1766 ss. Sulla dimensione solo apparentemente garantistica di tale paradigma, L. EUSEBI, *Quale oggetto dell'abolizionismo penale? Appunti nel solco di una visione alternativa della giustizia*, in *Studi sulla questione criminale*, 2011, p. 81 ss., p. 87. Per le ricadute in tema di vaglio di proporzionalità, F. CONSULICH, *La matematica del castigo. Giustizia costituzionale e legalità della pena nel caso dell'art. 73 comma 1 d.P.R. n. 309 del 1990*, in *Giur. Cost.*, 2019, p. 1231 ss., p. 1242 ss.; S. CORBETTA, *La cornice editale della pena e il sindacato di legittimità costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 134 ss., p. 147 ss.

<sup>5</sup> R. ALLEN - A. ASHWORTH - R. COTTERRELL - A. COYLE - A. DUFF - N. LACEY - A. LIEBLING - R. MORGAN, *A Presumption Against Imprisonment. Social Order and Social Values*, London, 2014, p. 52 ss. Così è accaduto anche in contesti di tradizionale riluttanza all'adozione di percorsi extramurari di risposta al reato: cfr. J. HARDING, *Step by steppe - progressing probation in Russia*, in *Probation Journal*, 2011, p. 355 ss. La questione, peraltro, non si esaurisce nel risparmio rispetto alla detenzione: per la ricollocazione dei costi sui soggetti sottoposti a *probation*, M. TEAGUE, *Probation in America: Armed, private and unaffordable?*, in *Probation Journal*, 2011, p. 317 ss., p. 322 ss.

progressiva emersione, dalla categoria potenzialmente illimitata della pena *diversa* da quella detentiva o pecuniaria. Così, in essa, si trovano spesso ricomprese pene interdittive in senso stretto, che si sostanziano in un atto unilaterale dello Stato precludente determinate attività<sup>6</sup>. Anche dove richiesto, inoltre, il contenuto comportamentale attivo non vale a distinguere le sanzioni prescrittive da previsioni di contenuto persino virtualmente identico quanto a condotta richiesta, ma collocate in ambiti diversi da quello della pena, ancorché su di esso, non di rado, direttamente o indirettamente, incidenti.

Guardando al fine perseguito, nuovamente, l'unico tratto comune sembrerebbe essere la deflazione della popolazione carceraria, mentre solo alcune tipologie di sanzioni prescrittive rispondono anche ai requisiti propri di un modello di pena agita, agli ideali della giustizia riparativa ovvero alle istanze risocializzative o a quelle di individualizzazione della pena. Del tutto contingente pare poi, anche laddove empiricamente misurata o prospettabile, l'incidenza delle proposte in esame in senso limitativo dei carichi (non solo economici) dei processi e dell'esecuzione. Infatti, è certamente vero che, anche laddove prenda le mosse da intenti di pura umanizzazione della pena, ogni riforma implicante riduzione del numero dei reclusi garantisce un contenimento dei costi a carico dello Stato. È altrettanto vero, tuttavia, che la predisposizione di pene prescrittive serie e differenziate potrebbe comportare oneri superiori, per esempio, rispetto a quelli connessi a soluzioni privative della libertà personale da scontarsi presso il domicilio, magari con ricorso strumenti elettronici di controllo<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> Si pensi alla sospensione della patente di guida o all'esclusione dall'elettorato passivo: in tali ipotesi nessuna *cooperazione* è richiesta al condannato e l'unico destinatario di una prescrizione, a ben vedere, è lo Stato, che deve procedere agli adempimenti amministrativi necessari alle relative interdizioni. L'inclusione di previsioni siffatte tra le pene *prescrittive* appare meramente convenzionale e rende la categoria ontologicamente meno afferrabile. Nondimeno, possono ben ipotizzarsi pene autenticamente prescrittive consistenti in obblighi di *non fare* o di *non frequentare* persone o luoghi. In queste seconde ipotesi, non esiste un provvedimento statutale da cui derivi *automaticamente* la privazione della libertà: l'ottemperanza richiede, piuttosto, la collaborazione del condannato, cui si chiede di adoperarsi (bene usando della propria *conservata* libertà e spesso *fattivamente*: si pensi all'organizzazione necessaria per allontanarsi dal nucleo familiare) di astenersi da determinate condotte. Le due tipologie di pena interdittiva – benché entrambe di contenuto formalmente *negativo* – sono, pertanto, diverse nella loro sostanza e tale differenza rileva ai fini dell'esigenza o meno del consenso del condannato: v. *infra*, § 4.2.

<sup>7</sup> Per una ricognizione del ruolo rivestito dal fattore economico nelle fasi iniziali dell'introduzione del monitoraggio elettronico, con particolare riferimento alle esperienze "pionieristiche" del Regno Unito e della Svezia, nonché nelle decisioni di privatizzazione o

Argomentare una riforma del sistema sanzionatorio sulla base del suo impatto economico, quindi, potrebbe mortificarne non solo lo spirito, ma anche i contenuti<sup>8</sup>. Occorre, piuttosto, prendere in considerazione un “investimento” di *diverso* (ed eventualmente anche *maggiore*) impegno da parte dello Stato, nella prospettiva di un concreto vantaggio in termini di efficacia preventiva, di effettività della reintegrazione e di ristoro delle vittime<sup>9</sup>.

Già all’esito della più cursoria ricognizione, in ogni caso, deve prendersi atto che le prescrizioni comportamentali quali pene e, ancor più, quali pene principali, non presentano intrinseci caratteri distintivi<sup>10</sup>. La loro specificità riposa, piuttosto, sull’apparato di condizioni, riscontri e garanzie che, magari proprio in ossequio alla collocazione sistematica, il legislatore decida di conferire loro. E proprio questa la circostanza che induce a privilegiare, nella promozione di nuove tipologie di pene, la riflessione volta alla riforma del codice: innanzitutto, per le ricadute garantistiche che la tipizzazione in quella sede comporta o dovrebbe comportare e, parallelamente, per la natura includente del percorso di elaborazione e sintesi che possa condurvi.

Si tratta, ora, di avanzare qualche ipotesi sui possibili contenuti della caratterizzazione legislativa delle “nuove” pene, nella

---

nazionalizzazione del sistema di controllo, M. NELLIS, *Electronic monitoring and probation in Sweden and England and Wales: Comparative policy developments*, in *Probation Journal*, 2013, p. 278 ss.; cfr. pure P. BEAN, *Probation and privatization*, Abingdon - New York, 2019.

<sup>8</sup> Sul rapporto tra intento meramente deflattivo e rinuncia alla valutazione di congruità fra tipo sanzionatorio (non detentivo) e tipo criminoso, F. PALAZZO, *Il sistema sanzionatorio sempre al centro di riforme grandi e piccole*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 1061 ss.

<sup>9</sup> È espressa in M. DONINI, *Pena agita e pena subita. Il modello del delitto riparato*, in *Questione Giustizia*, 29 ottobre 2020, [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it), p. 4, l’idea che lo Stato debba prendere «in carico il compito fondamentale della riparazione dei delitti commessi per ridurre complessivamente diciamo l’entropia, il grado di disordine del sistema del male innescato dal reato, complessivamente, vale a dire tenendo conto dei costi sociali, dei rischi di tutte le persone coinvolte in un processo, dei potenziali soggetti ingiustamente indagati, degli autori e delle vittime». Sul rapporto tra impegno “*sul campo*” e tentativi di razionalizzazione della pena, con riferimento alle esperienze di *probation* francesi, O. RAZAC, *La critique de l’éclectisme pénal. D’un modèle de contradictions à un modèle de contorsions*, in D. BERNARD - K. LADD (a cura di), *Les sens de la peine*, Bruxelles, 2019, p. 387 ss.

<sup>10</sup> Come forse *tutte* le pene. Osserva E. DREYER, *Droit pénal général*, Paris, 2010, 5<sup>a</sup> ed. 2019, p. 1000: «A differenza dell’infrazione, la pena non è mai stata definita dalla legge (...). Questi silenzi attengono al fatto che non esistono “pene” per natura. (...) Una tale constatazione può destabilizzare. L’indeterminatezza della nozione di pene costituisce la forza e la debolezza del diritto penale. Gli permette di evolvere liberamente; ugualmente l’espone a critiche permanenti come pure alla concorrenza di altre branche del diritto. L’osservatore giunge a riconoscere la sua impotenza, concludendo che sono pene le sanzioni penali enumerate dal Codice penale».

consapevolezza, da un lato, che la pluralità di opinioni in merito costituisce elemento di ricchezza del dialogo e che, dall'altro, realizzazioni parziali o attenuate rispetto a ciascuna proposta possono ben costituire conseguimenti significativi in un cammino di progressiva evoluzione del sistema.

In quest'ottica, sono proposti due obiettivi, entrambi espressione di una "giustizia pronunciata" quanto più possibile inclusiva: fiducioso radicamento del trattamento sanzionatorio nella fonte legislativa e massima valorizzazione dell'adesione del condannato alla pena. Ne consegue il rilievo di tre aspetti nodali per l'introduzione delle pene prescrittive: che siano tipizzate analiticamente e quanto più possibile diversificate (anche con riguardo a una stessa classe di reati); che l'applicazione sia subordinata (in senso forte) al consenso dell'imputato<sup>11</sup>; che la previsione legislativa vincoli il giudice all'applicazione (salvo il caso in cui manchi il consenso)<sup>12</sup>.

Si tracciano, quindi, alcuni appunti su questi tre temi, accompagnati da due brevi *excursus* sulle resistenze opposte alla specifica qualifica delle prescrizioni comportamentali come *pene principali* e sui rischi correlati alla strumentalizzazione delle loro caratteristiche per una politica di espansione dell'ambito del penalmente rilevante.

---

<sup>11</sup> Con eccezione delle pene interdittive in senso stretto, *ut supra* individuate: v. questo §, n. 6.

<sup>12</sup> In ciò distaccandosi, innanzitutto, dai modelli – quali, per esempio, quello delineato agli art. 131-4-1 ss. del *code pénal* francese – in cui l'applicazione delle pene prescrittive, per quanto ammessa ad ampio spettro, è sempre *facoltativa* e, pertanto, il singolo giudicante può decidere di sostituirle alla pena detentiva, di applicarle in aggiunta a questa o di non applicarle affatto. Inoltre, la previsione vincolante vale a escludere, al di là di ogni valutazione di *opportunità*, anche la possibilità di una valutazione giudiziale *in peius* circa una ritenutamente assoluta *inadeguatezza* sanzionatoria in concreto, con conseguente applicazione della pena tradizionale in quanto giudicata *più efficace*. Si tratta, del resto, di una preclusione già affermata dalla stessa giurisprudenza di legittimità, per esempio, a proposito del lavoro di pubblica utilità di esigua durata: così per Cass. pen. sez. III, 7 novembre 2012 (dep. 14 maggio 2013), n. 20726, in *Diritto & Giustizia*, 2013, p. 591, con nota di L. PIRAS, *Il giudice applica la sospensione condizionale della pena ma l'imputato ci ripensa ... che lavoro sostitutivo sia!*, *ivi*, p. 591 ss., § 7, «al giudice è preclusa – tranne che non vi sia una espressa opposizione da parte del condannato a vedersi applicata la sanzione sostituiva – qualsiasi valutazione in ordine alla adeguatezza della sanzione che risponde, invece, ad una regola automatica sottratta a giudizi di tipo discrezionale o, ancor peggio di opportunità, in vista del concreto raggiungimento della funzione rieducativa della pena. È, infatti, il legislatore, nell'ottica di una specifica politica giudiziaria riguardante l'aspetto ed assetto punitivo – e dunque nell'ambito di ben precise scelte legislative di fondo – a privilegiare, a monte, determinate soluzioni connesse a ben precise violazioni di legge. La scelta compiuta nel senso di consentire al condannato di fruire di un determinato beneficio (...) risponde, infatti, a precise finalità ricollegate alla particolare natura del reato commesso che esige sanzioni alternative modellate secondo tali finalità».

## **2. Primo tema: le potenzialità di una tipizzazione analitica e differenziata.**

Per i motivi che si esporranno nel seguito – e, principalmente, per propiziare la genuinità del consenso da parte del condannato<sup>13</sup> – si è espressa la preferenza per una tipizzazione analitica e differenziata delle prescrizioni comportamentali potenzialmente valorizzabili come pene prescrittive<sup>14</sup>. Ideale sarebbe, anzi, la predisposizione di un ventaglio di opzioni differenti per *ciascun* reato (o per ciascuna categoria di reati), almeno alcune delle quali indipendenti dall'adesione della vittima<sup>15</sup>.

A tale scopo, la riflessione comparata e il dialogo tra i vari rami dell'ordinamento possono costituire fattori di accelerazione e potenziamento del supporto culturale alla riforma, ma altresì bacini esperienziali di attingimento delle condotte potenzialmente tipizzabili in forma di pene principali. Naturalmente, affacciandosi alla *diversità*, la cautela e il rispetto delle specificità sono quanto mai opportuni.

### **2.1. La comparazione penale.**

Innanzitutto, nello sforzo sistematico e definitorio, come pure nell'ampliamento del *range* dei possibili contenuti comportamentali valorizzabili, la progettazione di modalità sanzionatorie innovative o, comunque, diverse dal carcere non può non guardare con interesse alle elaborazioni estere (tra cui quelle di giustizia internazionale<sup>16</sup> o legate a eccezionali contesti di transizione istituzionale<sup>17</sup>).

---

<sup>13</sup> V. *infra*, § 4.4.

<sup>14</sup> Possono costituire esempi gli art. 131-5-1 e R131-35 del *code pénal* francese, che dettagliano i contenuti di sette diversi tipi di *stages*. Critico, con riferimento alla varietà delle *peines correctionnelles* introdotte in Francia, M. VENTUROLI, *Modelli di individualizzazione della pena. L'esperienza italiana e francese nella cornice europea*, Torino, 2020, p. 413 ss. Cfr. pure, con riferimento agli istituti sospensivi, ID., *Il sursis franco-belga tra "gradualità" e diversificazione sospensivo-sanzionatoria*, in E. DOLCINI - A. DELLA BELLA (a cura di), *Le misure sospensivo-probatorie. Itinerari verso una riforma*, Milano, 2020, p. 29 ss., p. 54 ss. Si noti, tuttavia, che il lamentato "disorientamento" del giudice sarebbe superato laddove il ricorso alle pene prescrittive fosse *vincolante* e la scelta tra le opzioni legislativamente tipizzate fosse condotta sotto la scorta di una interlocuzione tra le parti volta all'individuazione di un accordo sulla pena: v. *infra*, § 3.2.

<sup>15</sup> Sul rapporto tra vittima e pena, in termini generali, C. PAONESSA, *A proposito di Caino*, in *DisCrimen*, 25 settembre 2019, [www.discrimen.it](http://www.discrimen.it), p. 2 ss. In relazione alla partecipazione della parte offesa alla fase di esecuzione, parla di *indisponibilità* degli interessi collettivi correlati alla reintegrazione del condannato anche R. MASTROTOTARO, *Il ruolo dell'offeso nel cerimoniale della pena*, in *Arch. pen.*, 2020, 3, [www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it), p. 4.

<sup>16</sup> Per tutti, L. CORNACCHIA, *La funzione della pena nello Statuto della Corta Penale Internazionale*, Milano, 2009, p. 191 ss.

<sup>17</sup> *Ex plurimis*, K. AMBOS - J. LARGE - M. WIERDA (a cura di), *Building a Future on Peace and Justice. Studies on Transitional Justice, Peace and Development. The Nuremberg*

In tale approccio, il disordine sistematico sinora inesausto dei singoli ordinamenti con riferimento agli apparati sanzionatori aumenta le già sempre significative difficoltà della comparazione penale<sup>18</sup>. Nondimeno, la vocazione comparatistica sembra originaria nel cammino della ricerca di risposte “creative” al reato<sup>19</sup>, per causa della naturale comunicabilità delle esperienze compiute<sup>20</sup> e, talora, della stessa disponibilità alla discussione scientifica degli esiti da parte dei proponenti<sup>21</sup>.

Deve riconoscersi, peraltro, che ogni avanzamento nel confronto tra sistemi sanzionatori giova all’evoluzione dello studio del diritto penale comparato, favorendo l’allargamento del suo sguardo agli ambiti della politica criminale e, in particolare, dei suoi presupposti valoriali e culturali, degli interventi sociali rilevanti, anche di gran lunga anteriori o successivi al reato, nonché, infine, del grado di percezione del reo come persona. Si tratta di aspetti identitari della storia giuridica di un popolo<sup>22</sup>, il disinteresse verso i quali potrebbe

---

*Declaration on Peace and Justice*, Berlin - Heidelberg, 2009.

<sup>18</sup> A. BERNARDI, *Il progetto di ricerca “Prison overcrowding and alternatives to detention”*: contesto e linee programmatiche, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 1739 ss.

<sup>19</sup> A. BERNARDI, *L’evoluzione in Europa delle alternative alla pena detentiva tra comparazione e impulsi sovranazionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 51 ss., p. 57 ss.; con riferimento al diffondersi della *probation*, M. VANSTONE, *The International Origins and Initial Development of Probation: An Early Example of Policy Transfer*, in *British Journal of Criminology*, 2008, p. 735 ss.; cfr. pure W. H. CHINN, *A Comparative Survey of Probation in America*, in *Probation Journal*, 1930, p. 56 ss.; L. BURKE, *A comparative imagination*, in *Probation Journal*, 2011, p. 311 ss.

<sup>20</sup> Al punto da ipotizzare i percorsi di risposta al reato diversi dalla carcerazione come un *universale*: cfr. C. MAZZUCATO, *L’universale necessario della pacificazione. Le alternative al diritto e al processo*, in L. LOMBARDI VALLAURI (coordinato da), *Logos dell’essere. Logos della norma*, Bari, 1999, p. 1245 ss.

<sup>21</sup> Ampia attenzione è accordata ai dati quantitativi, proprio in ottica di sistematizzazione degli istituti, in E. DOLCINI, *Prolegomeni a una proposta di riforma delle misure sospensivo-probatorie. Il contributo della comparazione e di un’esperienza sul campo*, in E. DOLCINI - A. DELLA BELLA (a cura di), *op. cit.*, p. 1 ss., p. 13 ss. Cfr. pure W. HEINZ, *Kriminalprävention auf justitieller Ebene: Hilft weniger mehr? Alternativen zu “klassischen” Sanktionen – Erfahrungen aus Deutschland. Vortrag auf der internationalen Konferenz “Kriminalität und Kriminalprävention in Ländern des Umbruchs” vom 9.-14. April 2005 in Baku, Azerbaijan*, Konstanz, 2014, [www.uni-konstanz.de](http://www.uni-konstanz.de); G. SPIESS, *From “nothing works” to “something works, sometimes” - Was aus dem Forschungsstand zu lernen ist*, in F. GENILLOD-VILLARD - S. KELLER - M. A. NIGGLI - N. OBERHOLZER (a cura di), *Wiedereingliederung im Kontext der Null-Risiko-Gesellschaft*, Bern, 2020, p. 25 ss.; G. SPIESS, *Wenn nicht mehr, wenn nicht härtere Strafen – was dann? Die Modernisierung des deutschen Sanktionensystems und die Befunde der Sanktions- und Rückfallforschung*, in *Soziale Probleme*, 2013, p. 87 ss.; nonché G. SPIESS, *Sanktionspraxis und Rückfallstatistik. Die Bedeutung rückfallstatistischer Befunde für die Dokumentation und Bewertung der Entwicklung des Sanktionensystems*, in *Bewährungshilfe*, 2012, p. 17 ss.

<sup>22</sup> Per una impostazione di insieme, M. PIFFERI, *Reinventing Punishment. A Comparative History*

avere sinora impedito un dialogo realistico tra gli ordinamenti, da intendersi come alterità non irrelate.

L'ampiamiento dell'orizzonte d'indagine sembra, inoltre, specificamente inevitabile con riguardo alle pene prescrittive, giacché il bagaglio di esperienze potenzialmente mutuabili si rinviene lungo percorsi di prevenzione e di risposta al reato caratterizzati da variabili gradi di continuità e di fluidità, nonché assistiti da sistemi di garanzie spesso molto distanti tra loro e talvolta già divergenti nelle impostazioni di fondo<sup>23</sup>. Il vaglio della “piattaforma immaginativa” desumibile dall'esame comparato, pertanto, dovrebbe comprendere un attento recepimento dei segnali critici rilevabili<sup>24</sup>.

---

*of Criminology and Penology in the Nineteenth and Twentieth Centuries*, Oxford, 2016, p. 38 ss.

<sup>23</sup> Uno degli ambiti attingibili di massima varietà è la *probation*, su cui, in chiave comparata, già K. HAMAI - R. VILLE - R. HARRIS - M. HOUGH - U. ZVEKIC (a cura di), *Probation Round the World*, London, 1995; cfr. pure I. DURNESCU, *An exploration of the purposes and outcomes of probation in European jurisdictions*, in *Probation Journal*, 2008, p. 273 ss. Le diverse tradizioni giuridiche spaziano dalla completa centralità del soggetto incaricato delle funzioni di supporto e vigilanza, tipica delle prime impostazioni di *common law* (cfr. R. PANZARELLA, *Theory and practice of probation on bail in the report of John Augustus*, in *Fed. Probation*, 2002, p. 38 ss.; E. W. SIEH, *Edward W. From Augustus to the progressives: A study of probation's formative years*, in *Fed. Probation*, 1993, p. 67 ss.; C. L. CHUTE, *The development of probation*, in *Y.B.*, 1941, p. 29 ss.; C. KELLY, *Probation officers for young offenders in 1920s Scotland*, in *European Journal of Probation*, 2017, p. 169 ss.), alla tensione verso il massimo coinvolgimento del soggetto sottoposto a misure, fino a considerarlo autenticamente *attore centrale* dei programmi (cfr. P. RAYNOR, *Back to the future? The long view of probation and sentencing*, in *Probation Journal*, 2018, p. 335 ss., e la risposta di B. SHEPHERD, *Back to the future? The long view of probation and sentencing: A practitioner response*, in *Probation Journal*, 2019, p. 456 ss., nonché P. PRIESTLEY - M. VANSTONE, *Abolishing probation – a political crime?*, in *Probation Journal*, 2006, p. 408 ss.). Benché porre il condannato al centro dell'attenzione aiuti a sviluppare una sensibilità genuinamente individualizzante, entrambe le impostazioni hanno contribuito allo sviluppo di interessanti filoni di indagine. In particolare, nella letteratura in lingua inglese, l'attenzione ai soggetti incaricati dei servizi ha portato ad approfondire l'impatto della loro professionalizzazione (su cui I. DURNESCU - B. STOUT, *A European approach to probation training: An investigation into the competencies Required*, in *Probation Journal*, 2011, p. 395 ss.; M. HERZOG-EVANS, *Probation in France: Some things old, some things new, some things borrowed, and often blue*, in *Probation Journal*, 2011, p. 345 ss.; H. HARKER - A. WORRALL, *From 'community corrections' to 'probation and parole' in Western Australia*, in *Probation Journal*, 2011, p. 364 ss.; per la peculiare centralità del volontariato nel sistema di *probation* giapponese, T. ELLIS - C. LEWIS - M. SATO, *The Japanese Probation Service: A third sector template?*, in *Probation Journal*, 2011, p. 333 ss.; per una critica all'opposta centralità dell'amministrazione penitenziaria anche rispetto ai percorsi di *probation* nell'esperienza spagnola, L. GOISIS, *Le misure sospensivo-probatorie nell'ordinamento giuridico spagnolo: spunti per il legislatore italiano*, in E. DOLCINI - A. DELLA BELLA (a cura di), *op. cit.*, p. 135 ss.) e la questione, in parte correlata, della loro responsabilità (analizzata per esempio in P. LYONS - T. JERMSTAD, *Civil Liabilities and Other Legal Issues for Probation/Parole Officers and Supervisors*, 4<sup>a</sup> ed. Washington, 2013).

<sup>24</sup> Si pensi alle problematiche correlate all'invecchiamento della popolazione dei trasgressori (cfr.



La prospettiva comparata acquista ulteriore importanza in vista della diversificazione per provenienza e appartenenza, più o meno elettiva, “di gruppo” dei destinatari delle norme. L’estensione della ricerca a tradizioni giuridiche e ambiti socioculturali eventualmente assai lontani da quello autoctono consentirebbe l’incorporazione di strategie e “portati di verità” dal più ampio spettro di sensibilità attingibili<sup>25</sup>.

Del resto, percorsi prescrittivi o di riparazione non sono affatto estranei alle eredità culturali di contesti pure in apparenza “tradizionalisti” o, comunque, diversamente identitari<sup>26</sup>. Una ricerca di

---

N. CADER, *Institutional thoughtlessness and the needs of older probation clients*, in *Probation Journal*, 2020, p. 118 ss.; P. C. KRATCOSKI, *Justice System Response to Elderly Criminality*, in P. C. KRATCOSKI - M. EDELBACHER, a cura di, *Perspectives on Elderly Crime and Victimization*, Chaim, 2018, p. 197 ss.; P. C. KRATCOSKI - M. EDELBACHER, *Trends in the Criminality and Victimization of the Elderly*, in *Federal Probation*, 2016, p. 58 ss.) o alle questioni sollevate dall’impatto (anche in termini di efficacia) della responsabilità di genere (cfr. B. BLOOM - B. OWEN - S. COVINGTON, *Gender Responsive Strategies: Research, Practice, and Guiding Principles for Women Offenders*, Washington, 2003, p. 15 ss.; A. M. WOLF - J. GRAZIANO - C. HARTNEY, *The Provision and Completion of Gender-Specific Services for Girls on Probation: Variation by Race and Ethnicity*, in *Crime & Delinquency*, 2009, p. 294 ss.; OFFICE OF JUVENILE JUSTICE AND DELINQUENCY PREVENTION, *Guiding principles for promising female programming. An inventory of best practices*, Washington, 1998, [www.ojjdp.ojp.gov](http://www.ojjdp.ojp.gov); M. A. ZAHN - J. C. DAY - S. F. MIHALIC - L. TICHAVSKY, *Determining What Works for Girls in the Juvenile Justice System: A Summary of Evaluation Evidence*, in *Crime & Delinquency*, 2009, p. 266 ss.; V. R. ANDERSON - K. M. HOSKINS - L. L. RUBINO, *Defining Gender-Responsive Services in a Juvenile Court Setting*, in *Women & Criminal Justice*, 2019, p. 338 ss.; P. SMITH, *Girls in Traditional and Gender-Responsive Juvenile Justice Placements*, in *Women & Criminal Justice*, 2017, p. 302 ss.; B. BLOOM - B. OWEN - E. P. DESCHENES - J. ROSENBAUM, *Improving juvenile justice for females: A statewide assessment in California*, in *Crime & Delinquency*, 2002, p. 526 ss.; O. P. KHAN, *Introducing a gender-sensitive approach to pre-trial assessment and probation: Evaluation of an innovation in Kenya*, in *Probation Journal*, 2018, p. 184 ss.).

<sup>25</sup> Sia consentito il rinvio a R. PALAVERA, *Pluralità culturale e diritto penale: da istanza (problematica) a risorsa (critica)*, in *Jus*, 2018, p. 489 ss., p. 521 ss. Esempi di coinvolgimento del gruppo di appartenenza nella riduzione dei tassi di recidiva possono leggersi in T. SULLIVAN - M. McDONALD - S. T. THOMSON, *Offender case management: Reducing the rate of reoffending by Māori*, in *Australian & New Zealand Journal of Criminology*, 2016, p. 405 ss. Per riflessioni sulla rilevanza dei fattori di diversità nei programmi correzionali, I. HANKINSON - P. PRIESTLEY, *Diversity and effectiveness in probation: The One-to-One programme in West Mercia*, in *probation Journal*, 2010, p. 383 ss.

<sup>26</sup> A titolo di esempio, cfr. C. MAZZUCATO, «Apparteniamo a una generazione cresciuta con l’ubuntu». *Albie Sachs e Pumla Gobodo-Madikizela in dialogo sulla giustizia riparativa*, in G. L. PODESTÀ - C. MAZZUCATO - A. CATTANEO (a cura di), *Storie di giustizia riparativa. Il Sudafrica dall’apartheid alla riconciliazione*, Bologna, 2017, p. 165 ss., p. 173 ss.; G. BERTAGNA - G. GOLA, «Credevi che io fossi come te?». *Rib e mišpat nella Bibbia*, in G. G. BERTAGNA - A. CERETTI - C. MAZZUCATO (a cura di), *Il libro dell’incontro. Vittime e responsabili della lotta armata a confronto*, Milano, 2015, p. 305 ss., p. 307 ss.; J. BRAITHWAITE - Y. ZHANG, *Persia to China: the Silk Road of Restorative Justice*, in *Asian*

concordanze in tale direzione dovrebbe ambire a sommuovere, anche sul territorio e nella progettualità concreta, il coinvolgimento di risorse non native e, proprio per questo, di particolare significato per ottenere esiti di prevenzione e reintegrazione inclusivi.

L'apporto della comparazione tra le opzioni non detentive nei diversi sistemi sanzionatori – dai più prossimi ai più distanti – diviene, quindi, *insostituibile*, soprattutto ove rispetti alcune condizioni. In primo luogo, la rilevazione dei dati concreti, aneddotici o quantitativi, dovrebbe essere sempre sostenuta da un solido inquadramento sistematico<sup>27</sup>, che sul tema delle pene prescrittive non pare ulteriormente differibile. Secondariamente, l'analisi comparata dovrebbe *precedere* l'eventuale percorso di armonizzazione penale interstatuale<sup>28</sup>, benché gli sforzi compiuti a quest'ultimo fine, come pure quelli volti alla mera collaborazione istituzionale in sede di indagine, possano fornire, talvolta quasi “fortuitamente”, l'occasione propulsiva.

Infine, per rendersi davvero feconda, una comparazione matura dovrebbe superare – anche con riferimento alle tipologie di pene – i limiti dell'analisi solo osservazionale o mimetica. Dovrebbe prendere, cioè, in seria considerazione la possibilità di *comunicare all'esterno* le

---

*J. Crim.*, 2017, p. 23 ss.; M. H. KAMALI, *Are the hudud open to fresh interpretation?*, in *Islam and Civilisational Renewal*, 2010, p. 516 ss.; S. C. HASCALL, *Restorative Justice in Islam: Should Qisas Be Considered a Form of Restorative Justice?*, in *Berkeley J. Mid. East & Islamic L.*, 2011, p. 35 ss. Le sensibilità proprie di culture esterne alla tradizione occidentale, del resto, sono in linea con quelle qui espresse dal sistema canonico: cfr. L. EUSEBI, *Giustizia “riparativa” e riforma del sistema penale canonico. Una questione, in radice, teologica*, in *Monitor Ecclesiasticus*, 2015, p. 515 ss.; M. RIONDINO, *Giustizia riparativa e mediazione nel diritto penale canonico*, Città del Vaticano, 2011, p. 78; cfr. pure M. D'ARIENZO, *Responsabilità giuridica e riparazione del danno nel sistema sanzionatorio canonico*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 26 ottobre 2015, [www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it), p. 7; M. A. FODDAI, *Prevenire, punire, riparare: la responsabilità personale tra diritto dello Stato e diritto della Chiesa*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 16 novembre 2015, [www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it). Da ultimo, merita menzione l'introduzione nella legislazione vaticana, con *Motu proprio* del Sommo Pontefice Francesco in data 8 febbraio 2021, di diverse forme di impegni (tra cui il risarcimento del danno, le condotte riparatorie, le restituzioni, il lavoro di pubblica utilità, le attività di volontariato e le iniziative volte a promuovere, ove possibile, la mediazione con la persona offesa), che il condannato può proporre sin dall'inizio dell'esecuzione, ai sensi del nuovo art. 17bis, comma 2, del codice penale.

<sup>27</sup> Compendiando, cioè, i poli che M. PELISSERO, *La crisi del sistema sanzionatorio e la dignità negata: il silenzio della politica, i compiti della dottrina*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, p. 261 ss., p. 265 ss., parrebbe leggere, invece, in potenziale opposizione.

<sup>28</sup> Sui quali, con riferimento all'ambito sanzionatorio, A. BERNARDI, *Il progetto di ricerca*, cit., p. 1752 ss.; *Id.*, *L'evoluzione in Europa*, cit., p. 79 ss.; M. VENTUROLI, *op. cit.*, p. 218 ss.

esperienze della propria storia giuridica in ambito sanzionatorio, comprese quelle relative a innesti di istituti esteri.

Oltre a coltivare un'attitudine aperta, di ascolto e di apprendimento, rispetto ai risultati altrove conseguiti, occorre, pertanto, alimentare la consapevolezza che parte della riflessione domestica e, in particolare, l'elaborazione delle garanzie tipicamente penalistiche circa l'applicazione delle sanzioni, sono in grado di contribuire additivamente alla riflessione collettiva. In questo senso, sarebbe di gran giovamento uno sforzo di promozione del dialogo sul tema in oggetto a livello globale<sup>29</sup>, quanto meno da parte delle voci più autorevoli, sia nelle sedi istituzionali che nel dibattito accademico.

## 2.2. Il dialogo intraordinamentale.

Parallelamente agli spunti provenienti dallo studio comparatistico, la “raccolta di idee” non esclude, già a livello intraordinamentale, i risultati conseguiti nel sistema penale minorile<sup>30</sup>, come pure nella prassi dell'esecuzione e della *probation* processuale per gli adulti, né la mutuazione di sanzioni originariamente civili o amministrative, tra cui quelle (altrove anche, ma non necessariamente, intese come penalistiche in senso stretto<sup>31</sup>) dell'ormai vasta esperienza dei percorsi di *compliance* per soggetti diversi dalle persone fisiche<sup>32</sup>.

---

<sup>29</sup> Anche per il tramite della sistematica traduzione e condivisione dei contributi dottrinali propugnata in M. DONINI, *I due paradigmi fondamentali della comparazione penalistica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, p. 465 ss., p. 500 ss.

<sup>30</sup> Per tutti L. EUSEBI, *Le buone ragioni della giustizia (penale) minorile*, in *Minorigiustizia*, 2018, p. 16 ss., p. 16 ss. Spunti di comparazione in G. BUGNON, *Governing Delinquency Through Freedom. Control, Rehabilitation and Desistance*, Abingdon - New York, 2021; G. SPIESS, *Das Jugendstrafrecht und die ambulanten Maßnahmen: Vielfalt der Möglichkeiten – Einfalt der Praxis?*, in DEUTSCHLANDS FACHVERBAND FÜR JUGENDKRIMINALRECHT (a cura di), *Jugend ohne Rettungsschirm. Herausforderungen annehmen! Dokumentation des 29. Deutschen Jugendgerichtstages in Nürnberg*, Mönchengladbach, 2015, p. 421 ss.

<sup>31</sup> Il riferimento è, per esempio al modello delineato agli art. 131-37 ss. del *code pénal* francese, ma anche alle esperienze di ibridazione, che ogni ordinamento ha sperimentato secondo le proprie peculiarità, tra le diverse possibili nature dei trattamenti sanzionatori.

<sup>32</sup> Almeno tre profili della responsabilità degli enti possono contribuire alla riflessione sulle pene prescrittive. Innanzitutto, la possibilità di superare l'idea di corrispondenza tra l'efficacia della pena e la sua necessaria afflittività (o, in altre parole, tra pena e *sofferenza*): cfr., pure con sensibilità in parte differenti, L. EUSEBI, *Brevi note sul rapporto fra anticipazioni della tutela in materia economica, extrema ratio ed opzioni sanzionatorie*, in *Riv. it. dir. pen. ec.*, 1995, p. 741 ss., p. 751 ss., nonché C. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Milano, 2002, p. 3797 ss. In secondo luogo, il rapporto tra obiettivi del sistema sanzionatorio e meccanismi di evitamento della pena: in tema, i recenti F. MAZZACUVA, *L'ente premiato. Il diritto punitivo nell'era delle*

Anche in questo caso, l'indagine non dovrebbe limitarsi al piano osservazionale, dispiegandosi piuttosto in una dimensione dialogica volta a perseguire la coerenza dell'ordinamento nel suo insieme, al pieno e omogeneo rispetto dei requisiti e delle garanzie tradizionali nel sistema penale<sup>33</sup> e, ove possibile, alla loro estensione ad altri ambiti, magari attivatori di strumenti per sé afflittivi<sup>34</sup> o comunque coinvolti in un approccio di politica criminale ad ampio raggio.

La riflessione interna all'ordinamento, imposta dalla collocazione codicistica delle prescrizioni comportamentali nell'ambito della pena in senso stretto, e quella scaturente dalla comparazione penale "integrale" potrebbero, quindi, risolversi in operazioni assai simili. Dovrebbero tendere ad ampliare e perfezionare le tecniche di risposta al reato senza perdere né la ricchezza di opzioni possibili (tipica delle strategie di politica criminale nel più lato senso inteso, come pure delle esperienze estere proprie delle tradizioni giuridiche a massima flessibilità), né il patrimonio complessivamente acquisito in termini di coerenza sistematica e di garanzie (in particolare negli ordinamenti a legalità forte e, al loro interno, con riferimento alla categoria delle sanzioni penali tradizionali).

Per impostare un buon angolo di campo, peraltro, occorrerebbe tenere fermamente a fuoco la realtà del carcere: non perché sia in sé

---

*negoiazioni: l'esperienza angloamericana e le prospettive di riforma*, Giappichelli, 2020; C. PIERGALLINI, *Premialità e non punibilità nel sistema della responsabilità degli enti*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, p. 530 ss. Infine – e si tratta, forse, del terreno più promettente – la percezione delle ricadute *collettive* dei diversi esiti sanzionatori (di impunità, di punizione o di *diversion per compliance*): v. già F. BRICOLA, *Il costo del principio "societas delinquere non potest" nell'attuale dimensione del fenomeno societario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1970, p. 951 ss.; F. STELLA, *Criminalità d'impresa: lotta di sumo e lotta di judo*, in *Riv. it. dir. pen. ec.*, 1998, p. 459 ss., p. 471 ss.; G. MARINUCCI, *"Societas puniri potest": uno sguardo sui fenomeni e sulle discipline contemporanee*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 1192 ss.; G. MARINUCCI, *La responsabilità penale delle persone giuridiche. Uno schizzo storico-dogmatico*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2007, p. 445 ss.; G. DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da reato. Profili storici, dogmatici e comparatistici*, Pisa, 2012, p. 118 ss.

<sup>33</sup> In questo senso muove anche, rispetto alla fase di esecuzione, la prospettazione di un processo bifasico o di istituzione di un "giudice della pena": cfr. G. CANZIO, *Il progetto "Riccio" di legge delega per il nuovo codice di procedura penale*, in *Criminalia*, 2007, p. 167 ss., p. 181; L. TUMMINELLO, *Il volto del reo. L'individualizzazione della pena fra legalità ed equità*, Milano, 2010, p. 289 ss. Sui profili di discrezionalità nell'esecuzione, C. IAGNEMMA, *Discrezionalità giudiziaria e legislazione penale. Un rapporto da rivisitare nella teoria del reato e nel sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, p. 1431 ss., p. 1452 ss. Nell'alveo di tale riflessione, T. PECH, *Neutraliser la peine*, in A. GARAPON - F. GROS - T. PECH (a cura di), *Et ce sera justice. Punir en démocratie*, Paris, 2001, p. 138 ss., p. 143 ss., coglie una captazione di attenzione da parte del problema carcerario a scapito del problema della pena.

<sup>34</sup> E non il contrario: cfr. già F. PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime future (A proposito della legge n. 67/2014)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 1693 ss., p. 1718 ss.

irrinunciabile<sup>35</sup> o strategicamente centrale<sup>36</sup>, quanto perché, finché esistente, dovrà restare e porsi, anzi, sempre più in dialogo sistematico e operativo con le realtà generate da più congrui interventi statuali nei confronti del condannato. Inoltre, cessasse pure di esistere, essa continuerebbe a costituire un patrimonio conoscitivo ed esperienziale impareggiabile, con testimonianze di sensibilità e spessore proprie delle condizioni di esistenza estrema, dalle quali le opzioni alternative possono solo apprendere lezioni, di cui fare buona memoria.

In questa prospettiva, per quanto l'individuazione o lo *spostamento* del "centro" del sistema sanzionatorio possa assumere una valenza (simbolica, pratica, funzionale, dogmatica o financo etica) non irrilevante<sup>37</sup>, sembra piuttosto prioritario assicurare che, quale che sia il fuoco dell'indagine, nessun contesto resti escluso dal campo visivo. Si tratta di impostare una *ricerca inclusiva*<sup>38</sup> per il perseguimento di una *teoria della giustizia inclusiva*.

---

<sup>35</sup> Così, invece, G. COCCO, *Premessa a Le pene e le altre sanzioni*, in G. COCCO - E. M. AMBROSETTI (a cura di), *Punibilità e pene*, Padova, 2009, 2<sup>a</sup> ed. Milano, 2018, p. 177 ss., p. 179; nonché D. PULITANÒ, *Idee per un manifesto sulle politiche del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, p. 361 ss., p. 369; incidentalmente pure G. MANNOZZI, *Crisi del sistema sanzionatorio e prospettive di riforma: un dialogo tra storia, diritto ed arte*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 4, p. 98 ss., p. 106. Cfr. M. PAVARINI, *Prima lezione di diritto penitenziario*, in *Ius17@unibo.it*, 2008, p. 43 ss., p. 51 ss.; L. EUSEBI, *La pena "in crisi". Il recente dibattito sulla funzione della pena*, Brescia, 1990, p. 115 ss.; F. PALAZZO, *Crisi del carcere e culture di riforma*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 4, p. 4 ss., p. 5 ss.

<sup>36</sup> Ancora D. PULITANÒ, *Idee per un manifesto*, cit., p. 371 ss.; cfr. pure i dubbi espressi in E. DOLCINI, *Il sistema sanzionatorio penale tra minacce di involuzione e l'antidoto offerto dalla carta costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, p. 501 ss., p. 515.

<sup>37</sup> La questione è ubiquitaria: per una ricognizione delle ragioni, R. BARTOLI, *Il carcere come extrema ratio: una proposta concreta*, in A. BERNARDI - M. VENTUROLI, *La lotta al sovraffollamento carcerario in Europa. Modelli di pena e di esecuzione nell'esperienza comparata*, Napoli, 2018, p. 185 ss., p. 188 ss. Osserva, nondimeno, M. CATENACCI, *Tipologie sanzionatorie, comminatorie edittali e misure alternative: lo stato dell'arte*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1150 ss., p. 1152 ss., come misure nate come *alternative* abbiano di fatto già conseguito, per così dire "sul campo", una loro autonomia funzionale.

<sup>38</sup> Come bene sottolinea A. PUGIOTTO, *Caino, il diritto e i diritti di Caino*, in *DisCrimen*, 9 gennaio 2020, [www.discrimen.it](http://www.discrimen.it), p. 5 ss., «il finalismo rieducativo della pena si proietta oltre il perimetro dello Stato-apparato per chiamare in causa lo Stato-comunità nel sostenere il percorso di risocializzazione del condannato»: un percorso che chiama a raccolta la stessa dottrina nella misura in cui «il reinserimento sociale del reo si configura come obiettivo realistico quanto più è l'intera società civile, nelle proprie articolazioni e competenze, a concorrere al concepimento di un rinnovato ordinamento penitenziario». Anche per L. EUSEBI, *Appunti minimi*, cit., p. 190, è necessario rendere «possibile alla stessa *communitas* penalistica di riannodare le fila di una riflessione almeno in parte condivisa sul ruolo e sui criteri d'intervento del diritto penale, scongiurando quell'irrelevanza dei professori, cui fa da sfondo la manifestazione diffusa dello stato

### **3. Excursus: le resistenze all'introduzione delle prescrizioni comportamentali come pene principali.**

Una volta individuato il novero delle opzioni valorizzabili, deve prendersi atto che la resistenza a contemplare prescrizioni comportamentali da irrogarsi quali pene in sede di condanna – rispetto ad ammettere le medesime prescrizioni in fase preprocessuale<sup>39</sup> o nell'ambito di una messa alla prova con sospensione del processo, con effetto estintivo del reato<sup>40</sup>, come pure a farne dipendere la concessione di benefici durante la fase di esecuzione – non si riesce a spiegare solo in termini di mancata esaustività sanzionatorio/afflittiva. Nella medesima sede processuale, in realtà, sono pacificamente accettati esiti del tutto escludenti tale profilo, anche senza che vengano poste condizioni relative alla condotta futura<sup>41</sup>. Di conseguenza, la comprensione delle resistenze sinora incontrate – comprensione necessaria a un dialogo seriamente orientato al loro superamento – impone di prendere in considerazione una specificità del momento della condanna in qualche modo più complessa.

Pur inserendosi in un *continuum* comunicativo a più voci<sup>42</sup>, infatti, la pronuncia giurisdizionale è, da un lato, unilaterale e, dall'altro, istantanea. Essa, cioè, sembrerebbe sottrarsi ai contesti intersoggettivi di acquisizione del consenso propri di un percorso autenticamente agito. Al tempo stesso, parrebbe scontrarsi con le esigenze di monitoraggio (non esclusa la previa osservazione della personalità) che accompagnano in altre sedi la definizione di risposte di natura progettuale e di durata. Entrambi i profili, tuttavia, richiedono qualche ulteriore riflessione.

---

d'animo di un'insuperabile *disincanto*, che favorisce interventi legislativi sul problema della criminalità privi di un disegno organico o comunque solo emergenziali, se non orientati alla mera captazione dell'assenso dei cittadini in sede elettorale».

<sup>39</sup> Come già ammesso, per esempio, in relazione ad alcune contravvenzioni in materia di tutela dell'ambiente (art. 318*bis* ss. d.lgs. 152/2006, come modificato dalla L. 68/2015) e di sicurezza sul lavoro (art. 20 ss. d.lgs. 758/1994, poi richiamato pure dall'art. 301 d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81).

<sup>40</sup> In questo senso dovrebbe prendersi in considerazione anche, seppure in un quadro di prestazioni spontanee discrezionalmente valutabili dal giudice, la previsione dell'effetto estintivo delle condotte riparatorie ai sensi dell'art. 162*ter* c.p.

<sup>41</sup> Sulla contraddizione sistematica che ne deriva, L. EUSEBI, *Covid-19 ed esigenze di rifondazione della giustizia penale*, in *Sist. pen.*, 13 gennaio 2021, [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), p. 24.

<sup>42</sup> Sulla teoria della pena come *narrazione*, C. E. PALIERO, *Il sogno di Clitemestra: mitologie della pena. Pensieri scettici su modernità e archeologia del punire*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, p. 447 ss., p. 514 ss.

### 3.1. Istantaneità della pronuncia di condanna?

Molto probabilmente, un'apertura genuina alle pene prescrittive richiede una parziale rielaborazione nella percezione stessa della pronuncia di condanna, che potrebbe a sua volta radicare una svolta assiologica circa la visione della pena.

Si analizzi il profilo da ultimo accennato: una pronuncia davvero *istantanea* fonderebbe una giustizia *recisoria*. È vero che la sentenza di condanna non può dare conto di un percorso già svolto, né immaginare le tappe di ottemperanza o inottemperanza nel corso di una sua futura esecuzione. Nondimeno, sarebbe tempo ormai di riconoscere che ogni pronuncia si colloca in un *milieu* di continuità dialogica tra la società e l'autore del reato<sup>43</sup>. Invero, l'effetto "risolutivo" della sentenza di condanna<sup>44</sup> – la speranza nel quale, spesso comune alla vittima e all'imputato, è tanto comprensibile quanto illusoria – muoverebbe in direzione opposta agli obiettivi di rieducazione del condannato, alimentando anzi inaccoglibili istanze secondo cui la pronuncia *definitiva* dovrebbe anche comportare la non modificabilità nel tempo della sanzione, per cui ogni diverso sviluppo sarebbe percepito come un diniego di giustizia.

Il riconoscimento della collocazione di ogni condanna (nonostante l'etimologia del termine) in una *continuità dialogica* richiede, pertanto, un'adeguata e trasparente motivazione, che renda conto degli esiti dell'accertamento processuale, ma che pure si faccia espressamente e responsabilmente carico del seguito sanzionatorio, dei suoi presupposti, dei suoi contenuti e della sua dinamicità<sup>45</sup>. La motivazione dovrebbe, in altre parole, valorizzare la fase esecutiva come *compimento* della giustizia pronunciata invece che rimuoverla, secondo una percezione oggi diffusa, come oscuro teatro del suo dissolvimento<sup>46</sup>. Così intesa, la sentenza di condanna rappresenterebbe

---

<sup>43</sup> Il *percorso* cui pure fa riferimento D. PULITANÒ, *Sulla pena. Fra teoria, principio e politica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 641 ss., p. 660 ss.; *Id.*, *In dialogo con "Luciano Eusebi, La Chiesa e il problema della pena, Milano 2014"*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, 4, p. 36 ss., p. 40 ss.

<sup>44</sup> In certa misura correlato al processo come *anticipazione* e *promessa* della pena; cfr. F. RUGGIERI, *Processo e sistema sanzionatorio: alla ricerca di una "nuova" relazione*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 4, p. 89 ss.

<sup>45</sup> Riconducendo, cioè, al momento del giudizio la prima realizzazione dei fini rieducativi, di cui parrebbe oggi unico custode la magistratura di sorveglianza; cfr. F. PALAZZO, *Riforma del sistema sanzionatorio e discrezionalità giudiziale*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, p. 97 ss., p. 99 ss.

<sup>46</sup> L. EUSEBI, *La riforma ineludibile del sistema sanzionatorio penale*, in *Riv. it. dir. proc.*

il momento *elettivo* per l'applicazione di prescrizioni comportamentali, che in essa troverebbero un inquadramento sistematico, un apparato di garanzie nonché una dimensione valoriale e comunicazionale invero solo occasionalmente attinti dai modelli prescrittivi propri dei sistemi giuridici più "fluidi"<sup>47</sup>.

### 3.2. *Unilateralità della pronuncia di condanna?*

Si pensi ora alla *unilateralità*, apparentemente ineludibile, della pronuncia giurisdizionale: essa fonderebbe, è ovvio, una giustizia *irrelata*. Prenderne dunque, almeno in parte, congedo significa muoversi – in linea con le già consolidate acquisizioni circa la formazione in contraddittorio della prova come via per conseguire una verità condivisa – verso una giustizia *inclusiva*, della quale anche la pronuncia di condanna costituisca espressione.

Del resto, le problematiche processuali inerenti al recepimento *in sentenza* del consenso dell'imputato alla pena (sulla cui esigenza sotto il profilo sostanziale si tornerà<sup>48</sup>) non sembrano insormontabili. Sotto molti profili, la pur controversa esperienza del patteggiamento predibattimentale può offrire spunti interessanti, in parte mutuabili. Concluso il dibattito, ove ravvisi sussistenti i presupposti per la condanna, ossia accertato e qualificato il fatto anche nella sua gravità, al giudice potrebbe essere imposto di assegnare alle parti un termine

---

*pen.*, 2013, p. 1307 ss., p. 1311; cfr. pure M. CERESA-GASTALDO, *La legge, il giudice, la pena*, in *Sist. pen.*, 15 ottobre 2020, [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it); nonché, insistendo sull'esigenza di una rivalutazione finalistica degli istituti oggi solo deflattivamente intesi, C. PERINI, *Prospettive attuali dell'alternativa al carcere tra emergenza e rieducazione*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 4, p. 77 ss., p. 79 ss. La questione pare trasversale rispetto ai diversi istituti che incidano sulla condanna o sulla sua esecuzione: cfr. F. VIGANÒ, *Sulla proposta legislativa in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1300 ss., p. 1301 ss., in tema di messa alla prova come ipotesi strumentalizzabile in ottica di mera dilazione della condanna. Alcune interessanti implicazioni psicologiche della sospensione della sentenza sono state approfondite nella dottrina australiana: sul rapporto tra partecipazione al processo e percezione della sospensione, K. WARNER - C. SPIRANOVIC, *Jurors' views of suspended sentences*, in *Australian & New Zealand Journal of Criminology*, 2014, p. 141 ss.; sulla dimensione pubblica della pronuncia, anche in relazione alla discrezionalità giudiziale, E. SMITH, *Modern diversion or colonial hangover? The history and development of suspended sentences in South Australia*, in *Australian & New Zealand Journal of Criminology*, 2016, p. 240 ss.

<sup>47</sup> Non esclusi quelli di *civil law*: cfr. R. GAMBINI, *Poteri dispositivi delle parti e giudice nei modelli a schema negoziale: riflessioni comparative*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 495 ss., p. 497 ss.; Z. FIŠER - M. GIALUZ, *La giustizia negoziata in Europa: uno sguardo comparato tra Slovenia e Italia*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, p. 1141 ss., p. 1149 ss.

<sup>48</sup> V. *infra*, § 4.2.



per l'individuazione di una pena o di una combinazione di pene (scelte all'interno di un ventaglio di prescrizioni comportamentali legislativamente tipizzate) da applicarsi su richiesta congiunta, come pure, se questa non si perfezioni, su proposta dell'imputato, valutati gli eventuali motivi di dissenso del pubblico ministero. La relativa speditezza del procedimento di formazione dell'accordo, senza richiedere una specifica osservazione personologica ulteriore rispetto a quanto il dibattimento abbia consentito di conoscere della personalità del reo *per come si è manifestata nel fatto di reato*, non precluderebbe la facoltà di specifiche produzioni probatorie da parte della difesa a supporto della propria proposta, ovvero da parte della pubblica accusa, purché, se esterne al fatto, valutabili solo *pro reo*<sup>49</sup>.

La previsione di questo supplemento di sforzi rappresenterebbe un percorso di *approssimazione collaborativa*: non qui volto a evitare la cognizione del fatto attraverso il processo, bensì a dividerne, se non gli esiti, quantomeno le conseguenze sanzionatorie. Potrebbe positivamente riflettersi in una minore propensione alla conflittualità durante il dibattimento e sarebbe, in ogni caso, ampiamente compensato in termini di economia processuale dall'effetto deflattivo dei procedimenti di impugnazione.

Al consenso, peraltro, potrebbe essere o *non* essere attribuito significato di riconoscimento della colpevolezza da parte dell'imputato, potendo ben considerarsi sufficiente la sua assunzione di responsabilità in ordine ai percorsi di reinserimento o di riparazione della frattura sociale cagionata dal fatto di reato: in relazione al quale verrà pronunciata condanna, quand'anche l'imputato, pur rinunciando

---

<sup>49</sup> La colpevolezza è colpevolezza del fatto anche con riguardo ai contenuti e alla modalità della pena. In presenza dell'accordo, la valutazione di congruità da parte del giudice non dovrebbe richiedere elementi ulteriori. Del resto, è ragionevole che egli tenga conto di ogni elemento emerso circa il fatto non solo per *quantificare* la pena, ma anche per valutarne l'adeguatezza contenutistica in un'ottica di rieducazione individualizzata, come pure è opportuno che siano verificati gli ulteriori elementi di decisione *pro reo* offerti dalle parti. Ben diverso sarebbe subordinare il recepimento dell'accordo all'acquisizione da parte del giudice, *ex officio*, di informazioni *diverse* e ulteriori. Peraltro, se, come pare innegabile, già la mera dichiarazione di accertata assenza di una circostanza esistenziale favorevole costituisce prova *contra reum* – in quanto tale preclusa se estranea al fatto, ancorché di contenuto “negativo” – parrebbe peculiare costringere il giudice a un'istruttoria dei cui esiti non potrebbe poi tenere conto, se non per concedere la pena “richiesta” (e con serie difficoltà nel motivare il diniego senza menzionare la presa di conoscenza, concretamente verificatasi, degli esiti negativi del supplemento istruttorio). Sulla possibile incompatibilità *radicale* tra colpevolezza del fatto e indagine personologica a contenuto *predittivo*, cenni in A. MARTINI, *Essere pericolosi. Giudizi soggettivi e misure personali*, Torino, 2017, p. 171 ss.

ai gradi di giudizio residui, continui a dichiararsi innocente. La convergenza delle parti anche circa il solo profilo sanzionatorio, così, implicherebbe una modalità deflattiva peculiarmente democratica: da un lato, non comporterebbe rinuncia a che l'accertamento del fatto e la sua qualificazione giuridica siano *partecipati* nel contraddittorio pubblico e, dall'altro, non richiederebbe che siano poi anche necessariamente *condivisi i loro esiti concreti* per poter porre fine al processo con un accordo sulla pena.

Il recepimento dell'accordo nella condanna, fondata su un accertamento *nel processo* e assai evocativamente pronunciata *nel nome del popolo*, gioverebbe a scongiurare dinamiche puramente negoziali<sup>50</sup>, conferendo piuttosto già all'interlocuzione per l'accordo una dimensione autenticamente inclusiva, rilevante anche a livello pubblicistico quale premessa per la riaffermazione – irrinunciabilmente, *condivisa* – della validità della norma violata<sup>51</sup>.

#### **4. Secondo tema: la subordinazione al consenso dell'imputato.**

Come evidenziato, alcune prospettive sulla natura della

---

<sup>50</sup> Cfr. M. CAPUTO, *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, Napoli, 2009, p. 48 ss.; cfr. pure M. CAPUTO, *Colpevolezza della persona fisica e colpevolezza dell'ente nelle manovre sulla pena delle parti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, p. 148 ss., p. 152 ss. Per il rapporto tra privatizzazione e dimensione pubblica nella riparazione *lato sensu* intesa, M. DONINI, *Genesi ed eterogenesi*, cit., p. 105 ss.; circa la mediazione, L. EUSEBI, *La riforma ineludibile*, cit., p. 1318 ss.

<sup>51</sup> In assenza della quale, peraltro, la stessa convergenza in ordine all'applicazione della pena parrebbe *frustrare*, invece che *compiere*, i fini preventivi della sentenza: cfr., in tema di patteggiamento, E. DOLCINI, *Problemi vecchi e nuovi in tema di riti alternativi: patteggiamento, accertamento di responsabilità, misura della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 569 ss., p. 590 ss. In questo senso, pertanto, la soluzione risulta preferibile anche rispetto alla "sentenza condizionata" propugnata, per esempio, da D. POTETTI, *L'attività non retribuita a favore della collettività nell'ambito dell'art. 165 c.p. (mod. con l. n. 145 del 2004)*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 995 ss., p. 999; sulla mutuabilità dell'istituto civilistico, con il quale – per esempio, in caso di reato oblabile – «il giudice, oltre ad irrogare la corrispondente sanzione, rimette l'Imputato in termini (...), subordinando l'efficacia della condanna al perfezionamento del relativo "iter" procedimentale», *Cass. pen. sez. III*, 20 marzo 2013 (dep. 7 maggio 2013), n. 19499, § 2.2; cfr. pure *Cass. pen. sez. III*, 22 ottobre 2001, n. 40509; *Cass. pen. sez. II*, 19 settembre 2002 (dep. 7 ottobre 2002), n. 33420; *Cass. pen. sez. III*, 6 aprile 2004 (dep. 1 luglio 2004), n. 28682; *Cass. pen. sez. III*, 5 maggio 2004, n. 35113, in *Cass. pen.*, 2005, p. 3038 ss., con nota di D. SERVI, *Mutamento del titolo del reato, diritto all'oblazione ed escamotage procedurali*, *ivi*, p. 3041 ss.; *Cass. pen. sez. VI*, 18 gennaio 2012 (dep. 31 gennaio 2012), n. 3885. Deve, peraltro, riconoscersi, che le critiche sistematiche espresse, per esempio, in *Cass. pen. S.U.*, 26 giugno 2014 (dep. 22 luglio 2014), n. 32351, p. 9 ss., potrebbero essere superate dall'intervento legislativo.

pronuncia di condanna si intrecciano con la visione che si abbia della pena e, almeno indirettamente, influiscono sull'individuazione delle soluzioni legislative più efficaci.

In ogni caso, la riflessione sul rapporto tra la condanna e il consenso alla pena da parte dell'imputato non può che trarre vantaggio dalla presenza di più opzioni circa le modalità di manifestazione di tale consenso ed è in buona parte autonoma rispetto ad altre questioni fondamentali, come quelle relative ai casi in cui il consenso debba essere richiesto, ai suoi presupposti sostanziali e alle sue conseguenze in generale. Valgono anche su questi temi solo alcuni appunti.

#### ***4.1. Le modalità di espressione del consenso.***

La soluzione processuale dianzi prospettata – che s'intende percorribile in ogni grado di giudizio<sup>52</sup> – appare preferibile sia a impostazioni privatizzanti, prossime alla prassi ampiamente diffusa nei sistemi di *common law*, nelle quali l'accordo sia volto a evitare (o, quantomeno, a differire) la pronuncia giurisdizionale<sup>53</sup> ovvero a

---

<sup>52</sup> Il riferimento è, principalmente, ai processi in cui vi sia stata effettiva partecipazione al contraddittorio, anche per il solo tramite della difesa tecnica. Non si esclude la possibilità di prevedere la richiesta sanzionatoria congiunta in fase di appello (anche mercé l'assegnazione di termini all'esito della discussione), né un'ipotesi di rinvio per la sola interlocuzione sulla pena da parte del giudice di legittimità. Desta, invece, notevoli perplessità la facoltà di irrogare pene prescrittive in sede di decreto penale di condanna, giacché, prescindendo da un accertamento condiviso del fatto di reato (anche nella sua dimensione personalistica), questo rito pare poco compatibile con un'individuazione realmente inclusiva della pena. Laddove lo si ritenesse compatibile con l'applicazione di una pena prescrittiva (come già in parte avviene con riferimento al lavoro di pubblica utilità), sarebbe opportuno prevedere che l'opposizione alla sola pena irrogata comporti la concessione di termini per l'individuazione congiunta di altra modalità sanzionatoria (non esclusa una pena prescrittiva di contenuto diverso). Resta, altresì, importante assicurare che l'opposizione possa essere presentata in tempi adeguati a una ponderazione congrua e assistita dei profili sanzionatori della condanna e che, comunque, riguardando questi soli, non comporti alcuna decadenza dai benefici connessi al rito.

<sup>53</sup> Per tutti, L. EUSEBI, *La sospensione del procedimento con messa alla prova tra rieducazione e principi processuali*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, p. 1693 ss., p. 1698 ss. Per spunti di analisi comparata, K. VRIEND, *Avoiding a Full Criminal Trial. Fair Trial Rights, Diversions and Shortcuts in Dutch and International Criminal Proceedings*, The Hague, 2016; nonché, con riferimento al sistema tedesco, per le *Informelle Sanktionsmöglichkeiten* nel, W. HEINZ, *Das strafrechtliche Sanktionensystem und die Sanktionierungspraxis in Deutschland 1882 – 2012*, Konstanz, 2014, [www.uni-konstanz.de](http://www.uni-konstanz.de), p. 39 ss.; per le diverse sospensioni probative, R. BARTOLI - D. BIANCHI, *Ortofoto degli istituti di probation tedeschi per progettare una riforma del sistema sanzionatorio italiano*, in E. DOLCINI - A. DELLA BELLA (a cura di), *op. cit.*, p. 97 ss., p. 126 ss.; per il contesto minorile G. SPIESS, *Was soll (und was darf) Diversion? Schülergerichte, Diversionstage, "Gelbe Karte" als "bessere Diversion"?*, in DEUTSCHLANDS FACHVERBAND FÜR JUGENDKRIMINALRECHT (a cura di), *Achtung (für) Jugend! Praxis und Perspektiven des Jugendkriminalrechts. Dokumentation des 28. Deutschen Jugendgerichtstages vom 11. – 14. September 2010 in Münster*,

neutralizzare gli effetti di un accertamento partecipato in sede giudiziale (come talvolta ammesso nella giustizia penale internazionale<sup>54</sup>), sia alla profferta di un'alternativa secca<sup>55</sup>, in cui all'imputato non resta che "scegliere" tra il carcere e una prescrizione comportamentale unilateralmente determinata dal giudice. È innegabile, infatti, che tale ultima stringente modalità di "concessione" della pena prescrittiva quale mero "vantaggio opzionabile" per il condannato mortifici, anche nella sua dimensione pubblicistica di testimonianza per la riaffermazione della norma, la genuinità dell'adesione prestata a quest'ultima, ancor prima che alla pena.

Non pare dunque soddisfacente che il dato normativo minimizzi la portata del consenso, rendendolo fattore assai modestamente inclusivo<sup>56</sup>, invece di creare le condizioni per realizzarne al meglio le potenzialità. Così, non persuade la preferenza per l'attuale formulazione dell'art. 165 c.p., che facoltizza di subordinare la sospensione condizionale alla prestazione di attività non retribuita a favore della collettività *qualora l'imputato non si opponga*, rispetto alla previsione di cui all'art. 54 d.lgs. 274/2000, che richiede, per l'applicazione della pena del lavoro di pubblica utilità, la *richiesta da parte dell'imputato*<sup>57</sup>.

La piana mutuazione della sufficienza della "mancata opposizione" per l'intero ambito delle pene prescrittive non pare la via più auspicabile,

---

Mönchengladbach, 2012, p. 441 ss.

<sup>54</sup> Pur nella consapevolezza della peculiarità dei contesti applicativi, non può non rilevarsi l'ambivalenza di modelli di negoziazione che – non precludendo, bensì espressamente prevedendo l'accertamento dei fatti in dibattimento e, quindi, riconoscendo il valore partecipativo dell'epistemologia processuale – consentano, nondimeno, di neutralizzarne gli effetti sul piano della pena, con accordi predibattimentali in cui è convenuto, in cambio dell'ammissione di colpevolezza, un vincolo circa la forbice edittale applicabile *a prescindere* dagli esiti della successiva istruttoria e, pertanto, recinando il rapporto tra pena e *fatto concreto*. Sullo sviluppo di tali modalità negoziali nel diritto penale internazionale, G. CHIARINI, *Le procedure in caso di ammissione di colpevolezza nella Corte Penale Internazionale: una "terza via" tra common e civil law*, in *Cass. pen.*, 2020, p. 4742 ss.

<sup>55</sup> Per esempio, secondo il modello previsto all'art. 131-8 del *code pénal* francese per il lavoro di interesse generale: l'imputato presente è avvisato del diritto di rifiutare; l'imputato assente rappresentato dal difensore può far pervenire il consenso scritto; l'imputato assente che non abbia fatto pervenire il consenso è informato del suo diritto di rifiutare dal magistrato di sorveglianza (in caso di rifiuto la pena può essere in tutto o in parte eseguita).

<sup>56</sup> Solo in parte compimento, cioè, di quel «modello di giustizia partecipata» che invoca pure M. DOVA, *op. cit.*, p. 254.

<sup>57</sup> Espressa, invece, in M. DOVA, *op. cit.*, p. 264. *Contra*, condivisibilmente, E. MATTEVI - A. MENGHINI, *Recenti orientamenti sul lavoro di pubblica utilità. Note a margine dell'ordinanza del Tribunale di Palermo di data 3 agosto 2013*, in *Dir. pen. cont.*, 2014, 2, p. 117 ss., [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), p. 120 ss. (in particolare n. 8 e 11).

né pare congrua la sua posizione in endiadi con la “richiesta spontanea”.

Innanzitutto, infatti, le due soluzioni richiamate non esauriscono certo la gamma degli strumenti processuali immaginabili. Inoltre, appare assai ingenuo ritenere che le eventuali inadeguatezze del difensore danneggino l’assistito solo nella seconda ipotesi<sup>58</sup>. Non è, infatti, implausibile il caso in cui sia fatto carico all’imputato soltanto “non dissenziente” di una prestazione che in concreto questi non riuscirà poi a ottemperare, aggravando il suo percorso di esecuzione e rendendo più incerto il ricorso a trattamenti sanzionatori consimili in successive fasi processuali o in processi relativi ad altri reati, magari con maggiori probabilità di successo.

Per gli stessi motivi, desta perplessità la proposta dottrinale<sup>59</sup> di ricorso alla polizia giudiziaria, ai servizi sociali o ad altri enti pubblici, ai sensi dell’art. 464*bis*, comma 5, c.p.p., per la raccolta del consenso al lavoro di pubblica utilità nel procedimento di messa alla prova<sup>60</sup>. In

---

<sup>58</sup> Correttamente F. COZZI - A. TRINCI, *La sanzione sostitutiva del lavoro di pubblica utilità per i reati di guida in stato di ebbrezza o di intossicazione da sostanze stupefacenti*, in *Dir. pen. cont.*, 24 febbraio 2012, [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), p. 2 ss.

<sup>59</sup> G. MANNOZZI, *Il «legno storto» del sistema sanzionatorio*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 781 ss., p. 783 ss.

<sup>60</sup> Tale via è individuata come rimedio *de iure condito* a un’asserita incongruenza di ordine *temporale* tra l’art. 464*bis*, comma 4, lett. *b*, c.p.p., che prevede il lavoro di pubblica utilità come parte (*effettuanda*) del programma di messa alla prova, e l’art. 168*bis*, comma 3, c.p., che lo indica come condizione (apparentemente *previa*) per la concessione della stessa. In effetti, la lamentata contraddittorietà tra le due norme potrebbe piuttosto cogliersi come *contenutistica* e riguardare un confronto tra il necessario cumulo *ex art. 168bis* c.p. delle diverse prescrizioni (quelle riparativo-risarcitorie, quelle afferenti al servizio sociale, anche di natura interdittiva ed eventualmente di volontariato, nonché il lavoro di pubblica utilità) e la previsione invece disgiuntiva di cui al codice di rito. Il dato testuale della norma sostanziale, precocemente rafforzato dalla prassi (invero piuttosto appiattita su contenuti altamente fungibili: cfr. A. CORRADI - A. SALVAN, *La messa alla prova per gli adulti. L’analisi dell’istituto giuridico e una prima ricerca presso l’Ufficio di Esecuzione Penale Esterna di Verona e Vicenza*, in *Autonomie locali e servizi sociali*, 2016, p. 317 ss.) rende arduo negare la necessarietà dell’inclusione del lavoro di pubblica utilità nei programmi di messa alla prova. Nondimeno, la possibilità di prescindere in presenza di una combinazione congrua di prescrizioni diverse (secondo quanto sembrerebbe ammettere l’art. 464*bis*, comma 4, lett. *b*, c.p.p.) sembrerebbe auspicabile, sia a livello di interpretazione, sia di riforma, in un’ottica di maggiore individualizzazione dei contenuti prescrittivi (v. *infra*, § 4.4.). Quanto all’incongruenza *temporale*, essa può risolversi solo (e, si direbbe, pianamente) riferendo il requisito previsto dall’art. 168*bis*, comma 3, c.p. per la concessione della messa alla prova all’inserimento in programma del lavoro di pubblica utilità e non, invece, al suo effettivamente avvenuto adempimento (che non può precedere l’ammissione al rito ed è condizione, semmai, per il conclusivo riconoscimento dell’effetto di estinzione del reato). Diversamente ragionando, peraltro, il prospettato rimedio dell’art. 464*bis*, comma 5, c.p.p. non offrirebbe alcun aiuto, consistendo in ogni caso in

sé, la questione del consenso non pare di rilievo in tale contesto, costituendo le “prescrizioni attinenti” all’obbligo di lavoro parte necessaria del programma allegato alla richiesta di sospensione del processo<sup>61</sup>, ossia a un’istanza garantita nelle forme dell’atto personalissimo come genuina espressione di volontà<sup>62</sup>.

Per quanto riguarda la presente riflessione, in ogni caso, è bene sollecitare la massima prudenza circa ipotesi di ricorso, *qui* per il recepimento del consenso alle prescrizioni comportamentali (tra cui il lavoro di pubblica utilità) come *pene principali*, alla raccolta di informazioni secondo modalità assimilabili a quelle previste dall’art. 464*bis*, comma 5, c.p.p. Secondo tale modo di procedere, infatti, il difensore – il cui coinvolgimento resterebbe necessario per effetto dell’obbligo di informazione *a posteriori* – potrebbe invece non essere presente al momento di acquisizione del consenso: circostanza che pare estremamente opportuno scongiurare.

Su questo punto, come già a proposito della richiesta di consenso espresso, l’esperienza della pratica soccorre la meditazione dottrinale: se il consenso è genuino – ed è importante che lo sia – solo se adeguatamente informato, allora le garanzie generali impongono, ferma la natura personalissima dell’atto, che l’informazione sulle opzioni sanzionatorie (già prima della manifestazione del consenso a una di esse) sia resa in contesto assistito.

#### **4.2. I casi in cui il consenso debba essere richiesto.**

Poste per ampiamente e variamente risolubili le problematiche processuali relative al consenso, resta opportuno tornare a soffermarci

---

un’acquisizione di consenso e non in un accertamento di ottemperanza alla prescrizione.

<sup>61</sup> Potrebbe, piuttosto, doversi ribadire che l’elaborazione del programma richiesta *ex art. 464bis*, comma 4, c.p.p. per il caso in cui sia risultata impossibile la sua elaborazione pregressa venga comunque poi effettuata “d’intesa”, secondo lo spirito che anima l’intera norma, e con le medesime garanzie difensive di quella previa. Si confida, cioè, che il giudice conceda termine per l’elaborazione del programma *prima* di sospendere il processo per la messa alla prova, sia per poter procedere alle verifiche di cui all’art. 464*quater*, comma 3, c.p.p., sia per non dover dar corso a una “revoca atipica” in caso di mancato accordo (ipotesi non contemplata dall’art. 168*quater* c.p. e dalla quale non potrebbe, in ogni caso, discendere alcuna preclusione a successive concessioni). La soluzione pare più corretta anche sotto il profilo della sospensione dei termini prescrizionali ai sensi dell’art. 168, comma 1, c.p.

<sup>62</sup> Infatti, ai sensi dell’art. 464*bis*, comma 3, c.p.p., l’istanza essere presentata personalmente o per mezzo di procuratore speciale, con sottoscrizione autenticata nelle forme previste dall’art. 583, comma 3, c.p.p. Inoltre, la previsione è rafforzata dalla facoltà del giudice di procedere a verifica diretta della volontarietà della richiesta, disponendo la comparizione dell’imputato ai sensi dell’art. 464*quater*, comma 2, c.p.p.

sull'ambito della sua operatività. A tal proposito, è bene chiarire che il consenso esplicito, anche per il suo valore adesivo alla pronuncia<sup>63</sup>, dovrebbe essere previsto come *sempre* necessario: in riferimento cioè, con la sola eccezione delle interdizioni in senso stretto<sup>64</sup>, a *tutte* le tipologie di pena che implicino prescrizioni comportamentali<sup>65</sup>, a prescindere dalla circostanza che difficoltà di esecuzione eventualmente sopravvenute comportino un'impossibilità di adempiere (giustificando così, anche solo sul piano soggettivo, l'inottemperanza) o caratterizzino specifiche tipologie prescrittive.

In talune ipotesi, infatti, è del tutto evidente che problemi possano insorgere, anche in modo del tutto indipendente dalla volontà del condannato, con particolare riferimento a contenuti importanti per impegno fisico o possibili inneschi emotivi, quali l'attività presso ospedali o strutture di assistenza a soggetti anziani, affetti da dipendenze o portatori di disabilità. In questi ambiti, in un sistema a consenso debole, si sarebbe spesso costretti a limitare il contenuto prescrittivo a mansioni del tutto *neutre*, esperienzialmente poco pregnanti (anzi veicolanti il messaggio di assoluta fungibilità del prestatore), in cui la prestazione personale avrebbe una dimensione meramente affittiva e il profilo riparativo si limiterebbe al *risparmio* pubblico o comunque goduto dagli enti di destinazione.

Se tale prospettiva minimalista non soddisfa – come non pare poter soddisfare – occorre considerare che gli ambiti di esecuzione più promettenti sotto il profilo rieducativo sono proprio quelli nei quali le difficoltà soggettive rispetto a mansioni realmente significative potrebbero creare situazioni critiche per gli stessi beneficiari delle prestazioni e riconoscere, quindi, l'opportunità che gli stessi siano effettivamente *scelti*.

---

<sup>63</sup> In questo senso, condivisibilmente, a proposito del lavoro di pubblica utilità, V. NAPOLEONI, *Lavoro sostitutivo per la guida in stato di ebbrezza: conforme a costituzione l'inapplicabilità in executivis. Nota a Corte Costituzionale, 11 marzo 2013 (dep. 15 marzo 2013), n. 43, Pres. Gallo, Rel. Frigo, in Dir. pen. cont., 2013, p. 371 ss., www.penalecontemporaneo.it, p. 375.*

<sup>64</sup> V. retro, § 1, n. 6.

<sup>65</sup> Per E. DREYER, *op. cit.*, p. 1026, lo stesso contenuto reintegrativo della risposta al reato è, *in toto* e per essenza, incoercibile e, pertanto, non può costituire un *fine* della pena esigibile dal condannato: «Lungi dall'essere un'obbligazione per il delinquente, la risocializzazione e un'obbligazione per la società fondata sul rispetto della dignità della persona umana. (...) Pertanto, è una scorciatoia abusiva e pericolosa che conduce a vedere nel reinserimento uno dei fini della pena. (...) Esso attiene essenzialmente all'obbligo di protezione che incombe su ogni Stato». Cfr. pure E. DOLCINI, *Il principio di rieducazione del condannato: ieri, oggi, domani*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, p. 1667 ss.

Allo stesso modo, tuttavia, non dovrebbero essere escluse dal requisito del consenso “forte” le ipotesi di prescrizioni che potrebbero essere ritenute in sé lievi solo perché prossime, nella loro esecuzione, alla mera obbligazione pecuniaria. Si pensi, per esempio, alle pene prescrittive *reputazionali*<sup>66</sup>: altro è condannare al pagamento delle spese di pubblicazione della sentenza a titolo di risarcimento; altro è ottenere l’adesione del condannato alla pubblicazione a titolo di pena e, cioè, quale attività propria, per quanto eseguita secondo modalità vincolate; altro ancora sarebbe *costringere* a provvedervi, *a tale titolo*, un soggetto che, magari, si sia sempre dichiarato innocente.

Molte delle pene prescrittive astrattamente immaginabili sono costruite sulla base di differenze sottili, ma proprio chi le ritenga anche solo culturalmente o simbolicamente significative dovrebbe derivarne l’incoercibilità e, laddove coercite, la perdita di ogni significato diverso dal mero effetto afflittivo di impoverimento (già pienamente realizzato nella forma del risarcimento degli oneri economici correlati).

Del resto, solo la libera adesione e la *scelta* di modalità di adempimento espressive della riaffermazione dei valori coinvolti e delle norme violate consentono di distinguere le prescrizioni di *fare* con precipuo contenuto economico – quali la riparazione del danno, come pure, in buona parte, la messa in conformità o il ripristino dello stato dei luoghi – dalle (solo subite) azioni per la responsabilità civile da reato<sup>67</sup>, spesso (e non senza criticità<sup>68</sup>) di identico importo.

---

<sup>66</sup> Che E. DREYER, *op. cit.*, p. 1107, definisce «una risorgenza dell’antica pena dell’esposizione pubblica». Per un inquadramento del ruolo della *vergogna* nell’intero sistema delle sanzioni, A. VISCONTI, *Reputazione, dignità, onore. Confini penalistici e prospettive politico-criminali*, Torino, 2018, p. 45 ss.

<sup>67</sup> Sottolinea E. DREYER, *op. cit.*, p. 1105 ss., a proposito della *sanction-reparation* prevista nel sistema francese: «La legittimità di questa sanzione riparazione è stata contestata. (...) Il rischio di confusione tra la funzione di responsabilità penale e quella di responsabilità civile appariva grande. (...) Senza dubbio, questa pena non può consistere nell’obbligazione di riparazione che esiste indipendentemente da questa. Tuttavia, se il delinquente non può essere condannato a quello che già deve, può esserlo secondo forme che, al contrario di quelle date a molte altre pene, lo conducano a prendere coscienza della sua responsabilità. È in questo che la sanzione riparazione ben rileva nell’arsenale repressivo. Un dettaglio lo conferma: essa suppone una “vittima” e non una “parte civile”».

<sup>68</sup> La questione è stata sollevata soprattutto con riferimento all’ipotesi in cui la previsione ricalchi la responsabilità civile in modo pedissequo e con portata generale. Sulle diverse impostazioni, M. BERTOLINO, *Il risarcimento del danno tra pretese riparatorio-compensative e istanze punitive nel canone del diritto penale*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, 5, p. 183 ss., p. 192 ss.; G. P. DEMURO, *L’estinzione del reato mediante riparazione: tra aporie concettuali e applicative*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, p. 437 ss. Osserva ancora E. DREYER, *op. cit.*, p. 1106 ss.: «La vera critica che deve essere mossa alla sanzione



Ancora, appaiono incoercibili le pene non già in senso stretto interdittive (ossia quelle che si sostanziano in un atto unilaterale dello Stato precludente determinate attività<sup>69</sup>), bensì consistenti in obblighi di *non fare* o di *non frequentare* da persone o luoghi (*recte, allontanarsi* da essi). In queste ipotesi, spesso implicanti un impegno personale per l'adesione a stili di vita rinnovati, l'espressione del consenso rappresenta già un primo passo rafforzativo della volontà orientata all'ottemperanza: analogamente a come, nell'affidamento in prova ai servizi sociali, bene è previsto, nonostante gli innumeri insuccessi nella prassi, che il condannato cui siano prescritti trattamenti terapeutici o di disintossicazione si presenti *libero* alle strutture di cura.

Infine, solo un consenso inteso in senso forte permette di ipotizzare e valorizzare prescrizioni comportamentali di *ascolto* (quali i percorsi formativi) o di *parola* (quali i percorsi di mediazione o comunque di incontro volto al riconoscimento reciproco e all'accertamento condiviso della verità<sup>70</sup>), i quali perderebbero *in toto*, laddove coerciti, il loro valore altrimenti *enorme*. Si apre qui un patrimonio sterminato di esperienze, ben includibili in un sistema di risposta al reato *plurale*.

#### ***4.3. Excursus: la previsione della pena coercibile equivalente.***

Del tutto a margine e con portata generale (con riferimento, cioè, all'intera gamma delle possibili tipologie di pena), si rileva come la previsione della possibilità di assenza del consenso costringa a tenere sempre a fuoco l'ipotesi di una conversione della prescrizione

---

riparazione riguarda il fatto che mal rispetta il principio di legalità (...), perché si tratta di una pena indeterminata nel suo ammontare. Ora, alcuni danni generano pregiudizi considerevoli, che una persona potrebbe passare la vita a riparare laddove non siano presi in carico da meccanismi di collettivizzazione dei rischi». In Italia già F. PALAZZO, *Trasformazione o declino della sospensione condizionale della pena nel sistema penale italiano?*, in F. PALAZZO - R. BARTOLI, *Certezza o flessibilità della pena? Verso la riforma della sospensione condizionale*, Torino, 2007, p. 1 ss., p. 13 ss. Per una possibile tipizzazione della riparazione, M. DONINI, *Il delitto riparato. Una disequazione che può trasformare il sistema sanzionatorio*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, 2, p. 236 ss., p. 248 ss.

<sup>69</sup> V. *retro*, § 1, n. 6.

<sup>70</sup> Sulla verità come forma di giustizia perseguibile secondo modalità non oppositive, L. EUSEBI, *Le forme della verità nel sistema penale e i loro effetti. Giustizia e verità come «approssimazione»*, in G. FORTI - G. VARRASO - M. CAPUTO (a cura di), *«Verità» del precetto e della sanzione penale alla prova del processo*, Napoli, 2014, p. 155 ss. Sulla dimensione preventiva della ricerca di una verità non limitata a quanto l'accertamento processuale in senso stretto può attingere, L. EUSEBI, *Dirsi qualcosa di vero dopo il reato: un obiettivo rilevante per l'ordinamento giuridico?*, in *Criminalia*, 2010, p. 637 ss., p. 646 ss.

comportamentale non acconsentita in pena coercibile (detentiva, pecuniaria o interdittiva “pura”), vivido *memento* dello stigma che una sanzione penale, *di qualsiasi natura*<sup>71</sup>, porta con sé già in relazione al fatto sanzionato e non, quindi, solo in relazione all’eventuale violazione degli obblighi in conseguenza dello stesso accollati al reo<sup>72</sup>.

L’opportunità di conservare tale memoria<sup>73</sup> – è bene precisare – non coincide con la conservazione di una *centralità* delle pene coercite, che anzi si porrebbero in condizione residuale<sup>74</sup> e *indesiderabile*, per tutte le parti, già nel percorso di interlocuzione sulla pena. Nemmeno si riferisce, ovviamente, all’apprezzamento di un’efficacia simbolica o di deterrenza della rappresentazione – ancorché solo nella pena minacciata come equivalente – del *potere coercitivo* come espressione della *forza dello Stato*, efficacia della quale anzi massimamente si deve dubitare. L’auspicio è, al contrario, che la persistente affermazione di convertibilità ribadisca agli scettici il valore di perfetto compimento

---

<sup>71</sup> A titolo di esempio, si rammenti il progressivo riconoscimento del periodo di affidamento in prova, ancorché revocato, come pena *espia*, su cui Corte cost., 5 marzo 1985 (dep. 12 giugno 1985), n. 185, in *Giur. cost.*, 1985, p. 1283 ss.; Corte cost., 9 ottobre 1985 (dep. 3 dicembre 1985), n. 312, in *Giur. cost.*, 1985, p. 2312 ss.; Corte cost., 15 ottobre 1987 (dep. 29 ottobre 1987), n. 343, in *Cass. pen.*, 1988, p. 25 ss., con nota di A. PRESUTTI, *Il nuovo regime degli effetti conseguenti alla revoca dell'affidamento in prova al servizio sociale: verso il tramonto della funzione rieducativa*, *ivi*, p. 32 ss., nonché, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, p. 1155 ss., con nota di D. VERRINA, *Corte Costituzionale e revoca dell'affidamento in prova: la rieducazione dal mito al realismo*, *ivi*, p. 1155 ss., e di P. ZAGNONI BONILINI, *La revoca dell'affidamento in prova di nuovo al vaglio della Corte Costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, p. 372 ss.; in dottrina già C. E. PALIERO, *Revoca “postuma” dell'affidamento in prova e scomputo della pena nel periodo “utilmente” trascorso*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1978, p. 1473 ss., in nota a Cass. pen. sez. I, 12 gennaio 1978, *ivi*, p. 1473 ss.; cenni di comparazione in A. L. VERGINE - C. E. PALIERO, *La revoca dell'affidamento in prova al servizio sociale: profili di diritto comparato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1978, p. 209 ss.; recentemente C. PAONESSA, *Ripercorrendo i “luoghi” della prognosi “personologica”: alcuni spunti di riflessione*, in *Arch. pen.*, 2020, 3, [www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it), p. 12 ss.

<sup>72</sup> Si noti che nei modelli ad alta discrezionalità giudiziale, come quello delineato agli art. 131-4-1 ss. del *code pénal* francese, anche la concreta differenziazione tra l’ipotesi di mancato consenso e quella di violazione degli obblighi è pressoché del tutto rimessa al giudice.

<sup>73</sup> *Contra*, M. DOVA, *op. cit.*, p. 257 ss.: «Qualora il modello prescrittivo-reintegratorio assumesse valenza autonoma all’interno della comminatoria editale, senza più essere agganciato al *quantum* di pena detentiva minacciata o inflitta, il messaggio diffuso sarebbe affatto diverso: non vi sarebbe più una percezione di mancata corrispondenza tra forme di risposta al reato (principale-alternativa), ma il disvalore astratto e la gravità concreta del fatto di reato troverebbero nella pena prescrittiva-reintegratoria un corrispondente reale ed effettivo».

<sup>74</sup> Costituendo, del resto, la principale di esse, ossia il carcere, «sanzione di ultima istanza» nella già attuale lettura costituzionale: cfr. A. PUGIOTTO, *op. cit.*, p. 7; E. DOLCINI, *Pena e Costituzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, p. 3 ss., p. 9. Sul rapporto tra alternative sanzionatorie e canone dell’*extrema ratio*, C. E. PALIERO, *Pragmatica e paradigmatica della clausola di ‘extrema ratio’*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, p. 447 ss., p. 1470 ss.

della risposta al reato *acconsentita* anche rispetto agli strumenti sanzionatori tradizionali. Soprattutto, c'è la speranza che l'obbligo di esplicitazione della pena coercibile equivalente dissuada il legislatore (o il giudice, in tempi di creatività giudiziale *ascrittiva*) dalla tentazione di ricorrere alle pene di nuova formulazione, cui il condannato presta il consenso, come varco di compromesso per introdurre politiche di anticipazione o estensione dell'ambito del penalmente rilevante, ovvero come carico di aggravamento degli oneri correlati ad altra pena o alla concessione di benefici<sup>75</sup>.

L'equivalenza tra pene "acconsentite" e coercite, in altre parole, costituirebbe un monito contro il rischio, tutt'altro che peregrino, di una mal travisata dilatazione<sup>76</sup> del sistema di prevenzione e gestione del crimine nel suo complesso<sup>77</sup>, mercé la strumentalizzazione di una pretesa (e disimpegnata) *mitezza* dei percorsi prescrizionali.

Orbene, è pacifico che non debbano introdursi nuove forme sanzionatorie in chiave meramente additiva, ossia estendendo l'area del *diversamente* punibile ferma la base di quanto sia già punito con pena detentiva<sup>78</sup>. Parimenti, però, non può immaginarsi il ricorso alle pene

---

<sup>75</sup> Tanto parrebbe auspicare, a proposito di una estensione degli oneri (bilanciata però da un aumentato ambito di applicabilità), con riguardo alla sospensione condizionale della pena, M. DOVA, *op. cit.*, p. 133: «è proprio questa progressiva caratterizzazione in senso punitivo della condotta reintegratoria a poter segnare il passaggio verso un nuovo paradigma punitivo, nel quale la sospensione condizionale possa smettere di rappresentare una "non-sanzione" esclusivamente funzionale alla fuga dalla pena detentiva». Cfr. piuttosto R. BARTOLI, *Contributo alla riforma degli istituti sospensivi della pena (alla luce degli ultimi progetti per un nuovo codice penale)*, in F. PALAZZO - R. BARTOLI, *Certezza o flessibilità della pena?*, cit., p. 25 ss., p. 109 ss.

<sup>76</sup> La preoccupazione è riferita all'eventualità di involuzione per il futuro, apparendo scongiurato dalla qualifica di pene (a maggior ragione se collocate in sede codicistica) il rischio di retroattività di eventuali modifiche peggiorative. Tale rischio si è, invece, dovuto fronteggiare in ipotesi di intersezione tra trattamento sanzionatorio sostanziale e trattamento penitenziario in senso stretto: cfr. Corte Cost., 12 febbraio 2020 (dep. 26 febbraio 2020), n. 32, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, p. 1459, con nota di F. GIANFILIPPI, *Il divieto di interpretazione retroattiva delle modifiche peggiorative in materia di concedibilità delle misure alternative: la svolta della Corte Costituzionale nella sent. 32/2020 e l'argine ad un uso simbolico dell'art. 4-bis*, *ivi*, p. 1459 ss. Sull'eventualità di una involuzione non solo in termini di minor ricorso alle forme alternative di risposta al reato, ma di mutamento della stessa cultura interna alle realtà coinvolte, D. GOUGH, *Probation in the Republic of Korea: A compressed journey to public protection*, in *Probation Journal*, 2011, p. 372 ss.

<sup>77</sup> Quella che T. PADOVANI, *alla ricerca di una razionalità penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1087 ss., p. 1091 ss., chiama evocativamente «offerta penale».

<sup>78</sup> Il tema è esplicitamente trattato in L. EUSEBI, *La riforma ineludibile*, cit., p. 1308: premesso che «l'ampliamento dell'apparato sanzionatorio (...) va preso in esame anche come *risorsa* che permette di riconsiderare le modalità di costruzione delle fattispecie criminose, come pure taluni profili delle scelte di criminalizzazione», «l'obiettivo (...) non è quello di *estendere*, attraverso

prescrittive<sup>79</sup> in un quadro di estensione dell'area della rilevanza penale, in particolare con criminalizzazione di condotte attualmente lecite, nemmeno quale “contropartita” di un minor ricorso alle pene detentive e, pertanto, di una maggiore razionalità complessiva (compreso, in ipotesi, il conseguimento di un minor numero di condanne proprio per il minor numero di eventi lesivi eventualmente ottenuto per l'effetto delle politiche di criminalizzazione delle condotte).

Pertanto, l'apprezzamento riscosso dalle nuove modalità sanzionatorie quali strumenti più confacenti a una politica criminale che si affranchi dal riferimento all'evento – con il suo carico emotivo e di casualità<sup>80</sup> – non può essere inteso (né condiviso) se non nel senso di un ricorso alle pene prescrittive *unicamente nelle ipotesi già oggi sanzionate con pene detentive eseguibili* (stante che la previsione di pene prescrittive in sostituzione di pene pecuniarie o nei casi di attuale sospendibilità *senza obblighi* della pena o della sua esecuzione sostanzierebbe anch'essa una recrudescenza complessiva del sistema).

Chiaramente, non è facoltà della dottrina imporre al legislatore una “moratoria” nel senso dianzi richiamato, né può materialmente scongiurarsi il pericolo di distorsioni applicative in sede giudiziale<sup>81</sup>. Tuttavia, a livello culturale, pare importante ribadire che la riscrittura *pro reo* degli assetti sanzionatori esistenti può conseguire *di per sé sola*, ossia senza alcuna estensione del penalmente rilevante, il duplice obiettivo di un sistema sanzionatorio più razionale e (anche analiticamente) più mite, *unitamente* a una sua *maggiore effettività preventiva*.

Il fine è in concreto perseguibile, sotto il primo profilo, tramite la recisione del legame irrazionale e “magnificante” tra evento cagionato e *carcere inflitto*, e, sotto il secondo, mercé il venir meno dell'*alibi* che tale asse simmetrico oppone a un serio investimento di risorse nella

---

nuovi mezzi, l'ambito della penalizzazione», quanto quello di sottoporre a verifica «le modalità, tradizionali e moderne, dell'intervento penale», in particolare rivedendo il tradizionale – e, in buona parte, irrazionale – assioma della simmetria tra produzione (colpevole) di un «evento naturalistico offensivo» e (asseritamente corrispondente) *permanenza in carcere* del condannato. Per la graduale massificazione delle misure extramurarie come strumento di controllo diffuso nella realtà nordamericana, A. DELLA BELLA, *Stati Uniti di America; la trasformazione del probation e delle altre misure sospensive nell'era del 'punishment imperative'*, in E. DOLCINI - A. DELLA BELLA (a cura di), *op. cit.*, p. 241 ss., p. 253 ss.

<sup>79</sup> Nemmeno con riferimento alle pene interdittive in senso stretto: v. retro, § 1, n. 6.

<sup>80</sup> Cfr. L. EUSEBI, *La prevenzione dell'evento non voluto. Elementi per una rivisitazione dogmatica dell'illecito colposo e del dolo eventuale*, in G. FORTI - M. BERTOLINO - L. EUSEBI (a cura di), *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, vol. II, p. 963 ss.

<sup>81</sup> I fattori di un mancato effetto deflattivo possono essere molteplici: cfr. W. HEINZ, *Das strafrechtliche Sanktionensystem*, cit., p. 196 ss.

prevenzione primaria, nonché per l'effetto di promozione dell'ottemperanza alle norme e del rispetto dei valori a esse sottesi connaturato a una risposta al reato progettuale e inclusiva (anche nella sua dimensione pubblica di testimonianza)<sup>82</sup>.

#### **4.4. Il rapporto tra consenso e afflittività della pena.**

Come già accennato, una previsione generalizzata di manifestazione esplicita del consenso (tanto più in un quadro di complessiva mitigazione del sistema sanzionatorio) potrebbe richiedere una modifica della stessa percezione della pena, per molti tuttora ancorata all'idea di afflizione necessariamente *disvoluta*<sup>83</sup>. Proprio l'istanza punitiva così intesa, del resto, osta a una compiuta rivisitazione della risposta al reato secondo progetti che implicino non solo un percorso agito da parte del condannato<sup>84</sup>, ma altresì una progressiva esperienza di relazione *positiva* del medesimo con la società.

In quest'ottica, salva la possibilità di valorizzare percorsi comprensivi di attività di *volontariato*<sup>85</sup>, non persuade del tutto – e, anzi, pare porsi in contrasto con l'apprezzabile evoluzione del ruolo delle prestazioni lavorative nel trattamento penitenziario<sup>86</sup> – la natura

---

<sup>82</sup> Per tutti, su entrambi i profili, L. EUSEBI, *Riforma penitenziaria o riforma penale?*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 1333 ss., p. 1334 ss.

<sup>83</sup> Già per I. KANT, *Die Metaphysik der Sitten*, Berlin, 1797, tr. it. *La metafisica dei costumi*, Bari, 1983, ora in estratto *Del diritto di punizione e di grazia*, in L. EUSEBI (a cura di), *La funzione della pena*, cit., p. 217 ss., p. 221, «non vi è più punizione quando a uno accade ciò che egli vuole, ed è impossibile voler essere punito». La considerazione, peraltro, non è necessaria solo in ottica retributiva, ma anche per l'intero impianto della prevenzione tramite *deterrenza* (cfr., tuttavia, F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 15<sup>a</sup> ed. 2000, p. 692 ss., che nell'ambito della riflessione sulla pena *trasformata* e «moderna» introduce l'elemento dell'appetibilità dei percorsi di reintegrazione). L'equivoco si ripete nel dettaglio: a titolo di esempio, G. FIANDACA, *Note su punizione, riparazione e scienza penalistica*, in *Sist. pen.*, 28 novembre 2020, [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), p. 7 ss.; cfr. pure D. POTETTI, *op. cit.*, p. 997: «proprio il presupposto del consenso del condannato» allontanerebbe «l'attività non retribuita dall'area della pena». Per le radici del tema, U. CURI, *I paradossi della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1073 ss.

<sup>84</sup> Cfr. M. DONINI, *Pena agita e pena subita*, cit., p. 6 ss.; nonché L. EUSEBI, «*Gestire*» il fatto di reato. *Prospettive incerte di affrancamento dalla pena «ritorsione»*, in C. E. PALIERO - F. VIGANÒ - F. BASILE - G. GATTA (a cura di), *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, Milano, 2018, p. 223 ss., p. 236 ss. Per una riflessione critica circa la necessaria presenza di elementi punitivi nei programmi di comunità, E. A. O. FREER, *Punishment and rehabilitation – Uneasy bedfellows under section 44 of the Crime and Courts Act 2013*, in *Australian & New Zealand Journal of Criminology*, 2017, p. 439 ss.

<sup>85</sup> Non a caso regolato separatamente dal lavoro di pubblica utilità tanto in contesto carcerario quanto nell'ambito dei programmi di messa alla prova (v. retro, § 4.1.).

<sup>86</sup> Anche in questo caso soccorre l'esperienza maturata in sede di esecuzione carceraria,

gratuita del lavoro<sup>87</sup> di pubblica utilità. Esso potrebbe piuttosto avere esecuzione (vincolata nei contenuti, ma) *retribuita*, con destinazione, in tutto o in parte, degli emolumenti al risarcimento del danno o a iniziative specificamente correlate alla valorizzazione e alla tutela del bene giuridico offeso dal reato. In questo modo, ferma l'opportunità di inserimento lavorativo in contesti pubblici o comunque assistito da incentivi fiscali e contributivi che esprimano la partecipazione statale allo sforzo di reintegrazione, tanto la società, anche nella porzione coinvolta nell'esecuzione della pena, quanto il condannato, magari per la prima volta nella sua vita, sarebbero indotti a rilevare una progressione nella riconquista di una *normalità* relazionale<sup>88</sup>.

---

con l'affiancamento ai percorsi di lavoro dei progetti di «attività gratuite e volontarie»: cfr. A. PULVIRENTI, *Le modifiche dell'ordinamento penitenziario alla ricerca di nuovi spazi di libertà*, in *Leg. pen.*, 2013, p. 1037 ss., p. 1037 ss. Per un inquadramento critico, M. BORTOLATO, *Lavorare... che pena? Note sul lavoro in carcere fra vecchie certezze e nuove provocazioni*, in *Questione Giustizia*, 2015, 2, p. 102 ss.; cfr. pure G. VANACORE, *Lavoro penitenziario e diritti del detenuto*, in *Dir. relaz. ind.*, 2007, p. 1130 ss.; C. CORDELLA, *Il lavoro in proprio nelle carceri*, in *Dir. relaz. ind.*, 2017, p. 318 ss.; nonché, in prospettiva storica, S. ROMANELLI, *Il lavoro di pubblica utilità come sanzione penale principale*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 237 ss., p. 240 ss. In tema di tutela giurisdizionale, Corte cost., 23 ottobre 2006 (dep. 27 ottobre 2006), n. 341, su cui P. TORRETTA, *Il diritto alle garanzie giurisdizionali (minime) del lavoro in carcere di fronte alle esigenze dell'ordinamento penitenziario. Note a margine della decisione 341/2006 della Corte costituzionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2007, [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it).

<sup>87</sup> Insiste sulla matrice lavoristica della pena in esame M. DOVA, *op. cit.*, p. 261: «il condannato non diventa un mero oggetto della macchina repressiva, come avviene nel caso della pena detentiva, ma soggetto attivo di uno sforzo in grado di incidere e valorizzare le sue competenze e carico di una valenza reintegratrice, rieducativa e solidaristica. Il lavoro non è, infatti, solo il collante della convivenza civile, ma può essere anche lo strumento in grado di colmare fratture e tensioni sociali generate dalla commissione di un reato».

<sup>88</sup> Ancora una volta mutuando esperienze dalla rieducazione intramuraria: cfr. G. GIOSTRA, *Ragioni e obiettivi di una scelta metodologicamente inedita*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 499 ss., p. 502. Si noti come l'insistenza sul carattere quantitativo/afflittivo – piuttosto che su quello reintegrativo/riparativo (ancorché, eventualmente, *per equivalente*) del lavoro di pubblica utilità lascia del tutto irrisolto il problema dell'impossibilità di corrispondenza tra reato e pena. Con riferimento all'affidamento in prova, T. TRAVAGLIA CICIRELLO, *L'affidamento in prova al servizio sociale: da misura "alternativa" alla detenzione a "misura penale di comunità" a contenuto a riparativo*, in *Giur. it.*, 2016 p. 1535 ss., p. 1538 ss. Per una prospettiva (anche) storica, M. DONINI, *Genesi ed eterogenesi "moderne" della misura e dell'unità di misura delle pene. Commento a Carcere e fabbrica, quarant'anni dopo*, in *Criminalia*, 2019, p. 85 ss., p. 102 ss. Sulla tensione tra "normalizzazione" della vita del condannato e finalità rieducativa, soprattutto nella sua interpretazione "medicalizzante", nell'esperienza scandinava, J. PRATT - A. ERIKSSON, *'Mr. Larsson is walking out again'. The origins and development of Scandinavian prison systems*, in *Australian & New Zealand Journal of Criminology*, 2011, p. 7 ss., p. 15 ss.; cfr. pure F. ANGHILERI - F. FACCHINI - G. MANNOZZI, *Le misure sospensivo-probatorie in Svezia e Finlandia*, in E. DOLCINI - A. DELLA BELLA (a cura di), *op. cit.*, p. 179 ss., p. 184 ss. Sul ruolo di normalità, *importazione dei*

Peraltro, proprio in tale prospettiva, si dovrebbe riflettere sui casi in cui il lavoro di pubblica utilità vada ad applicarsi in un quadro esistenziale valutabile (prescindendo dall'avvenuta commissione del reato) in termini di già soddisfacente integrazione sociale. In particolare, non pare regolata l'ipotesi di incompatibilità *insormontabile* con le esigenze di vita del soggetto, né pare sufficientemente definito il livello di *pregiudizio* rilevante nella definizione delle modalità di esecuzione. In particolare, criticità potrebbe insorgere qualora la pena in esame con un preesistente impiego del soggetto come dipendente a tempo pieno. Proprio la qualifica di *lavoro* della prestazione di pubblica utilità, infatti, pone seri dubbi circa il rispetto della disciplina dettata in materia lavoristica per il cumulo di prestazioni, con riferimento ai limiti all'orario complessivo di lavoro, alla tassatività delle ipotesi di fruizione dei permessi contrattuali e alle preclusioni di svolgimento di attività lavorativa in costanza di riposi e ferie (regole, peraltro, poste a tutela della salute dei lavoratori e, quindi, vincolanti per *tutti* i datori di lavoro coinvolti, compreso l'ente fruitore del lavoro di pubblica utilità). Non sembra peregrino derivarne che in taluni casi non esistano modalità di effettuazione del lavoro di pubblica utilità che “non pregiudichino le esigenze di lavoro, di studio, di famiglia e di salute dell'imputato”, come richiesto dall'art. 168*bis* c.p. Anche alla luce di questa eventualità, come già anticipato, sarebbe preferibile la predisposizione di una pluralità di opzioni, almeno alcune delle quali compatibili con una condizione lavorativa già assorbente.

Allo stesso modo, le alternative sanzionatorie dovrebbero contemplare modalità riparative accessibili ai non abbienti (o a coloro i quali non abbiano comunque una capacità economica proporzionata all'entità di una congrua riparazione), nonché modalità di valorizzazione (anche nell'adesione alla norma violata) di forme di riparazione eventualmente non afflittive, come quelle rappresentate da forme di collettivizzazione del ristoro, peraltro essenziali nella risposta ai reati cagionanti danni di maggiore gravità. In tale ipotesi, occorrerebbe distinguere le dinamiche di spersonalizzante neutralizzazione del rischio economico (comunque non sempre deresponsabilizzanti e, anzi, spesso espressione solidaristica – verso *vittime* potenziali<sup>89</sup> – di consapevolezza

---

*servizi e prossimità della comunità nel sistema norvegese*, G. PLOEG - J.-E. SANDLIE, *Mapping probation futures: Norway*, in *Probation Journal*, 2011, p. 386 ss.

<sup>89</sup> Esondando, cioè, la mera solidarietà verso l'accusato. È questa distinzione, in realtà, e non la spesso menzionata ipotesi di intervento statale in caso di gruppo insussistente o inottemperante, a far propendere per la natura non sanzionatoria di istituti di responsabilità

delle proprie responsabilità, come nel caso delle assicurazioni tradizionali) da quelle che, pur con meccanismi di vicarietà assicurativa, implicano l'attivazione di controlli circa il rispetto da parte dei soggetti assicurati di determinati parametri comportamentali. Non possono, peraltro, escludersi ipotesi in cui l'assunzione plurale dell'impegno riparativo rispecchi un coinvolgimento autentico di una realtà sociale allargata, eventualmente anche nella forma del riconoscimento di una estesa *corresponsabilità sociale* (extrapenale) in relazione al fatto di reato<sup>90</sup>.

In realtà, la ricerca di un consenso genuino e della minima afflittività soggettiva *permette* e, al tempo stesso, *richiede* la predisposizione del più ampio catalogo di prescrizioni comportamentali valorizzabili, che pure contribuirebbe alla connotazione di ciascuna ipotesi quale risposta al reato *in concreto commesso* (una responsabilità non garantita, di per sé, né dalla natura gratuita delle prestazioni lavorative né da quella onerosa delle condotte risarcitorie). Anche in questo caso, la varietà dei casi esemplari di percorsi di riparazione su iniziativa o con il coinvolgimento di detenuti<sup>91</sup> potrebbe costituire un utile giacimento di risposte immaginative percorribili anche in caso di risorse apparentemente limitate.

La caratterizzazione *plurale e valore-correlata* delle pene

---

tribale quali l'*aqila* islamica. Una conferma parrebbe cogliersi nella decadenza di tale responsabilità in caso di confessione o cooperazione dell'imputato all'accertamento del fatto. Cfr. R. PETERS, *Crime and Punishment in Islamic Law: Theory and Practice from the Sixteenth to the Twenty-First Century*, Cambridge, 2005, p. 49 ss.; A. BLACK, *Court Ceremonies, Ritual and Symbolism*, in *Griffith Law Review*, 2012, p. 499 ss., p. 526 ss.; S. SIKANDAR SHAH, *Homicide in Islam: Major Legal Themes*, in *Arab Law Quarterly*, 1999, p. 159 ss., p. 166 ss., ove riferimenti ad alcune applicazioni contemporanee, sulle quali pure Y. BEN HOUNET, «*Cent dromadaires et quelques arrangements*». *Notes sur la diya (prix du sang) et son application actuelle au Soudan et en Algérie*, in *Revue des mondes musulmans et de la Méditerranée*, 2012, p. 203 ss.

<sup>90</sup> Si pensi al possibile significato dell'intervento di un'associazione di categoria per la bonifica di un sito caratterizzato da inquinamento storico o alla partecipazione "di gruppo", accompagnata da espressioni di adesione alla norma, nella riparazione di un reato culturalmente motivato. Sulla complessità della giustizia riparativa come risposta ai *cultural crimes* e sull'esigenza di contenuti riaffermativi del valore del bene offeso per scongiurare la mera monetizzazione, come pure acquiescenze non genuine, tanto da parte del reo quanto della vittima, A. PROVERA, *Tra frontiere e confini. Il diritto penale dell'età multiculturale*, Napoli, 2018, p. 314 ss.; G. MANNOZZI - G. A. LODIGIANI, *Formare al diritto e alla giustizia: per una autonomia scientifico-didattica della giustizia riparativa in ambito universitario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 133 ss., p. 136; sia consentito il riferimento anche a R. PALAVERA, *op. cit.*, p. 525 ss.

<sup>91</sup> Come pure nell'ambito delle misure alternative: per una sintesi G. MANNOZZI, *L'apertura la giustizia riparativa nell'ambito delle misure alternative alla detenzione*, in *Giur. it.*, 2016 p. 1530 ss., p. 1533 ss.



prescrittive, del resto, risulterebbe funzionale alla tutela dei contesti di fruizione, soprattutto ove siano implicati quali destinatari delle prestazioni soggetti di riconosciuta fragilità. Se non individuati quali portatori di valori connessi ai beni giuridici offesi dal reato e, magari proprio in quanto tali, *scelti*, il rapporto con questi soggetti rischierebbe di essere percepito, al contrario, come portatore di una intrinseca afflittività, connotante prestazioni sotto ogni altro profilo perfettamente fungibili<sup>92</sup>, e, quindi, con un paradossale effetto discriminatorio.

La condanna che recepisca un accordo circa prescrizioni comportamentali *strettamente correlate al bene giuridico leso e realmente volute perché oggetto di una scelta (per quanto possibile) libera e assistita* rappresenta, del resto, il massimo grado di significatività in termini di riaffermazione dei valori e delle norme. Al contempo, la previsione di prescrizioni comportamentali condivise e sostenibili ne consentirebbe una durata anche significativamente superiore e la conseguente capacità di risposta ai reati più gravi.

Contrariamente a quanto avviene nella pena detentiva classica, peraltro, che tende ad affievolirsi e a perdere i suoi contenuti tipici nel corso dell'esecuzione, una pena prescrittiva di durata non irrisoria, il cui contenuto tipico consisterebbe nell'acquisizione di sensibilità e competenze, nonché nell'instaurazione di relazioni positive, tenderebbe ad arricchirsi nel suo svolgimento. Essa potrebbe raggiungere la sua massima densità al termine della pena, in coincidenza, cioè, con l'avvenuta reintegrazione del condannato. Come già dovrebbe essere per il precetto, l'esito ambito della sanzione non è la sua nullificazione, ma il suo perfetto compimento, con lo spegnersi, nell'adesione condivisa, della sola dimensione coercitiva<sup>93</sup>.

---

<sup>92</sup> V. retro, § 4.2.

<sup>93</sup> Rivoluzionando così in *convergenza* i tradizionali “rapporti di forza” tra osservanza spontanea e impatto sanzionatorio quali *modi alternativi* della validità di una norma: cfr. C. E. PALIERO, *L'indifferenza costruttiva. Il contributo della sociologia di Theodor Geiger a teoria e prassi del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, p. 705 ss., p. 773 ss. Trattasi di esigenza innanzitutto *preventiva*, «riconducibile all'assunto secondo cui la salvaguardia dei beni fondamentali dipende non già da dinamiche intimidative o neutralizzative (cioè da fattori di *coazione esterna* che considerano i loro destinatari come meri corpi suscettibili di essere condizionati, e non come interlocutori capaci di scelte autonome), bensì da processi motivazionali orientati all'accoglimento *per convinzione*, anche attraverso il profilo sanzionatorio, dei precetti normativi»: così L. EUSEBI, *Appunti minimi*, cit., p. 191. Sull'esigenza di propiziare nel *condannato* l'immaginazione della possibilità adesiva, anche G. FORTI, *Le ragioni extrapenali dell'osservanza della legge penale: esperienze e prospettive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1108 ss., p. 1132.

### 5. Terzo tema: la vincolatività della previsione legislativa.

Si è già detto<sup>94</sup> del codice penale come *luogo sistematico* di miglior collocazione non solo della previsione di pene prescrittive, ma anche della descrizione quanto più possibile differenziata dei loro contenuti, delle modalità di esecuzione e della forbice di durata, secondo una graduazione di gravità assistita dalla predeterminazione dei parametri di corrispondenza con le pene tradizionali per l'ipotesi di *mancato accordo* sulla pena<sup>95</sup>.

Un catalogo ampio e diversificato di prescrizioni comportamentali tipizzate<sup>96</sup>, organizzato in diverse classi a seconda della gravità e della specie del reato commesso, all'interno del quale il giudice, accertato il reato e la sua gravità, rimetta alle parti l'individuazione della combinazione di prescrizioni in concreto applicabile, costituisce la migliore opportunità per conseguire un buon grado di individualizzazione della pena<sup>97</sup> senza detrimento del principio di legalità<sup>98</sup>.

La fonte legislativa, infatti, non si limita a contenere i rischi di disomogeneità applicative legate alla discrezionalità giudiziale o a

---

<sup>94</sup> V. retro, § 1.

<sup>95</sup> Resta inteso, peraltro, che tale evenienza (a differenza di quanto prospettabile in caso di violazioni nell'adempimento degli obblighi assunti) non dovrebbe comportare alcuna afflittività ulteriore rispetto a quella strettamente correlata al fatto di reato commesso: v. retro, § 4.3.

<sup>96</sup> F. PALAZZO, *Quale futuro per le "pene alternative"?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, p. 539 ss., p. 551. Anche G. FLORA, *Verso la riforma della parte generale: il sistema sanzionatorio*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 1409 ss., p. 1410, in tema di bilanciamento tra semplicità e pluralità di tipologie sanzionatorie, rimette l'individuazione delle pene specifiche per ogni reato al legislatore di parte speciale. Cfr. pure G. SPANGHER, *Urge una riforma organica del sistema sanzionatorio*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 913 ss., p. 917; nonché C. PONGILUPPI, *Le cornici edittali al banco di prova di un sistema sanzionatorio differenziato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 947 ss., p. 970 ss.

<sup>97</sup> Per una panoramica sulle ragioni della quale, M. DANTI-JUAN, *Réflexions sur le sens de la peine et l'individualisation*, in F. LUDWICZAK - J. MOTTE DIT FALISSE (a cura di), *Du sens de la peine*, Paris, 2017, p. 237 ss.; cfr. pure L. TUMMINELLO, *op. cit.*, p. 39 ss.; nonché M. VENTUROLI, *Modelli di individualizzazione della pena*, cit., p. 90 ss.

<sup>98</sup> Illustra ancora una volta A. PUGIOTTO, *op. cit.*, p. 10, le ricadute della riflessione sull'esecuzione sull'attenzione alla tenuta dei principi a livello assolutamente generale, evidenziando «il ruolo, attivo e trainante, che Caino può avere nel rimettere sui binari di una ritrovata legalità non solo sé stesso, ma l'intero ordinamento». Sul rapporto tra legalità e individualizzazione della pena, L. EUSEBI, *«Gestire» il fatto di reato*, cit., p. 230 ss.; F. GIUNTA, *L'effettività della pena nell'epoca del dissolvimento del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 414 ss., p. 418 ss. Per profili costituzionali dell'equità *in bonam partem*, D. BRUNELLI, *Dall'equità commisurativa all'equità nella esenzione da pena per fatto tenue*, in C. E. PALIERO - F. VIGANÒ - F. BASILE - G. GATTA (a cura di), *La pena, ancora*, cit., p. 251 ss., p. 255 ss. In linea generale, cfr. pure S. LARIZZA, *Il principio di legalità della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 122 ss.

fattori ambientali di pressione, come pure ai rischi di consolidamento nella prassi di selettività applicative discriminatorie<sup>99</sup>. Essa conferisce alla condanna pronunciata la massima inclusività (giacché la sentenza, in concreto pronunciata *nel nome del popolo*, rispecchia fattispecie e pene definite in astratto dal dialogo ponderato dei rappresentanti di quel popolo stesso) e il massimo significato a livello di tutela della norma (che non è riaffermata *solo in quel caso*, ma con portata assolutamente generale)<sup>100</sup>.

In questo senso, indulgere ad ampliamenti della discrezionalità giudiziale *in bonam partem* circa l'ambito di operatività delle pene prescrittive, eventualmente nella forma di pene sostitutive o di misure alternative alle pene classiche, costituisce un'opzione non

---

<sup>99</sup> Si pensi, a titolo di esempio, al percorso compiuto per la fruibilità di taluni benefici da parte dei clandestini in attesa di espulsione: cfr. E. LANZA, *Stranieri e misure alternative alla detenzione carceraria. Considerazioni sulla sentenza della corte costituzionale n. 78 del 2007*, in *Rass. pen. Crim.*, 2007, 2, p. 27 ss. Benché la selezione dei soggetti avvenga spesso nel diniego di accesso ai benefici, la discriminazione può riscontrarsi nelle prassi anche *durante* i percorsi di reintegrazione, come è stato ampiamente studiato nei sistemi a più ampia discrezionalità, con riferimento al genere, all'etnia e alle diverse fragilità: cfr. K. F. STEINMETZ - H. HENDERSON, *Inequality on probation: An examination of differential probation outcomes*, in *Journal of Ethnicity in Criminal Justice*, 2016, p. 1 ss.; K. F. STEINMETZ - M. D. H. KOEPEL, *Under the skin of probation: A statewide analysis*, in *Journal of Ethnicity in Criminal Justice*, 2017, p. 227 ss.; D. M. ROMAIN DAGENHARDT, *The influence of race, gender, family, and employment status on probationer sanctioning for noncompliance*, in *Journal of Ethnicity in Criminal Justice*, 2020, p. 185 ss.; K. F. STEINMETZ - J. O. ANDERSON, *A Probation Profanation: Race, Ethnicity, and Probation in a Midwestern Sample*, in *Race & Justice*, 2016, p. 325 ss.; K. F. STEINMETZ - H. HENDERSON, *On the Precipice of Intersectionality: The Influence of Race, Gender, and Offense Severity Interactions on Probation Outcomes*, in *Criminal Justice Review*, 2015, p. 361 ss.; D. DENNY, *Racism and anti-racism in probation*, New York, 1992; T. L. FREIBURGER - A. M. SHEERAN, *The Joint Effects of Race, Ethnicity, Gender, and Age on the Incarceration and Sentence Length Decisions*, in *Race & Justice*, 2020, p. 203 ss.; M. SHAW - K. HANNAH-MOFFAT, *Gender, diversity and risk assessment in Canadian corrections*, in *Probation journal*, 2000, p. 163 ss.; J. A. YESBERG - J. M. SCANLAN - L. J. HANBY - R. C. SERIN - D. L. L. POLASCHEK, *Predicting women's recidivism: Validating a dynamic community-based "gender-neutral" tool*, in *Probation Journal*, 2015, p. 33 ss.; L. A. GOULD - M. PATE - M. SARVER, *Risk and revocation in community corrections: The role of gender*, in *Probation Journal*, 2011, p. 250 ss.; M. M. HOLLAND - A. PROHASKA, *Gender Effects Across Place: A Multilevel Investigation of Gender, Race/Ethnicity, and Region in Sentencing*, in *Race & Justice*, 2021, p. 91 ss.; S. VIDAL - J. L. SKEEM, *Effect of Psychopathy, Abuse, and Ethnicity on Juvenile Probation Officers' Decision-Making and Supervision Strategies*, in *Law and Human Behavior*, 2007, p. 479 ss.

<sup>100</sup> L. EUSEBI, *Legalità, non oligarchie: profili penalistici. Una scommessa ancora attuale sulla peggior forma di Governo, eccezion fatta per tutte le altre*, in *Jus*, 2020, p. 345 ss., p. 353 ss.; cfr. pure D. PULITANÒ, *Il penale tra teoria e politica*, in *Sist. pen.*, 9 novembre 2020, [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), p. 18 ss.

particolarmente auspicabile. Il sostegno che essa spesso riceve si riconduce al convincimento, purtroppo ubiquitario, che la magistratura non solo sappia, meglio del legislatore, interpretare il sentire quasi-diffuso (ossia ricavato *dal popolo* nel cui nome sono pronunciate le sentenze, ma di volta in volta elaborato secondo canoni contingenti, tali da renderne mutevole nel luogo e nel tempo il contenuto<sup>101</sup>), bensì anche possa e *debba* progressivamente *assuefarlo* al mutare degli orientamenti culturali. Essa potrebbe, cioè, operare o comunque *anticipare* la riforma<sup>102</sup> senza necessità di indicazioni legislative esplicite e vincolanti, che godano del supporto di un dibattito meditato e condotto con il coinvolgimento del maggior numero possibile di parlanti<sup>103</sup>. Di tale ipotesi non si vuole qui credere né plausibile né opportuna la realizzazione, pur nella grata memoria dei tanti (piccoli o grandi) casi in cui i giudici si sono fatti buoni pionieri<sup>104</sup>.

Ancora una volta, emerge l'esigenza che ciascun potere si assuma in modo trasparente e responsabile gli oneri della propria specificità, senza *fretta*, ma con *determinazione*. Possa la fiducia della dottrina e dei pratici costituire il miglior sprone per il legislatore.

---

<sup>101</sup> Cfr. F. PALAZZO, *Testo, contesto e sistema nell'interpretazione penalistica*, in E. DOLCINI - C. E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, vol. I, p. 515 ss., p. 526.

<sup>102</sup> Come sintetizza M. DONINI, *La situazione spirituale della ricerca giuridica penalistica. Profili di diritto sostanziale*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 1853 ss., p. 1868.

<sup>103</sup> In linea, cioè, con la vocazione comunitaristica del diritto penale sottolineata in G. FORTI, *Alla ricerca di un luogo per la laicità: il "potenziale di verità" di una democrazia liberale*, in *Jus*, 2007, p. 297 ss., p. 309.

<sup>104</sup> Dal punto di vista temporale, peraltro, *una volta legislativamente adottata*, la previsione vincolante dovrebbe garantire un'immediata e uniforme operatività delle pene prescrittive. È, tuttavia, verosimile che l'*adozione* in sé di modelli vincolanti possa svolgersi secondo progressioni meno rapide rispetto a quelle conseguibili da modelli flessibili, con ampia delega alla discrezionalità dei giudicanti. Il tempo, quindi, ha un ruolo ambivalente e non dovrebbe costituire un fattore decisivo nelle scelte normative. Non sempre, peraltro, la maggiore fiducia nella discrezionalità dei giudici è accompagnata da un più ampio ambito applicativo: a titolo di esempio, per il contesto portoghese, A. MENGHINI - L. GOISIS, *Le misure sospensivo-probatorie in Portogallo*, in E. DOLCINI - A. DELLA BELLA (a cura di), *op. cit.*, p. 161 ss., p. 162 ss.